WEITERE INFORMATIONEN UND UNTERSTÜTZUNG

Eine elektronische Version dieses Handbuchs können Sie unter www.hamburg-media.net im Bereich AK Recht abrufen. Das Handbuch wurde von den Mitgliedern des Arbeitskreises Recht der Initiative Hamburg@work erstellt. Es ist als Ganzes und in Teilen urheberrechtlich geschützt. Urheberrechtlich relevante Verwertungshandlungen sind nur mit Zustimmung der betroffenen Rechteinhaber zulässig.

Koordination: Prof. Dr. Ralf Imhof, ak.recht@hamburg-media.net
Redaktion und Gestaltung: FAKTOR 3 AG, www.faktor3.de

Herausgeber / V.i.s.d.P.: Hamburg@work | Hamburg@work e.V.
Behringstraße 28a
22765 Hamburg
Vereinsregister Hamburg VR 15818
Tel.: 040 / 398 34-331
Fax: 040 / 398 34-339
E-Mail: foerderkreis@hamburg-media.net

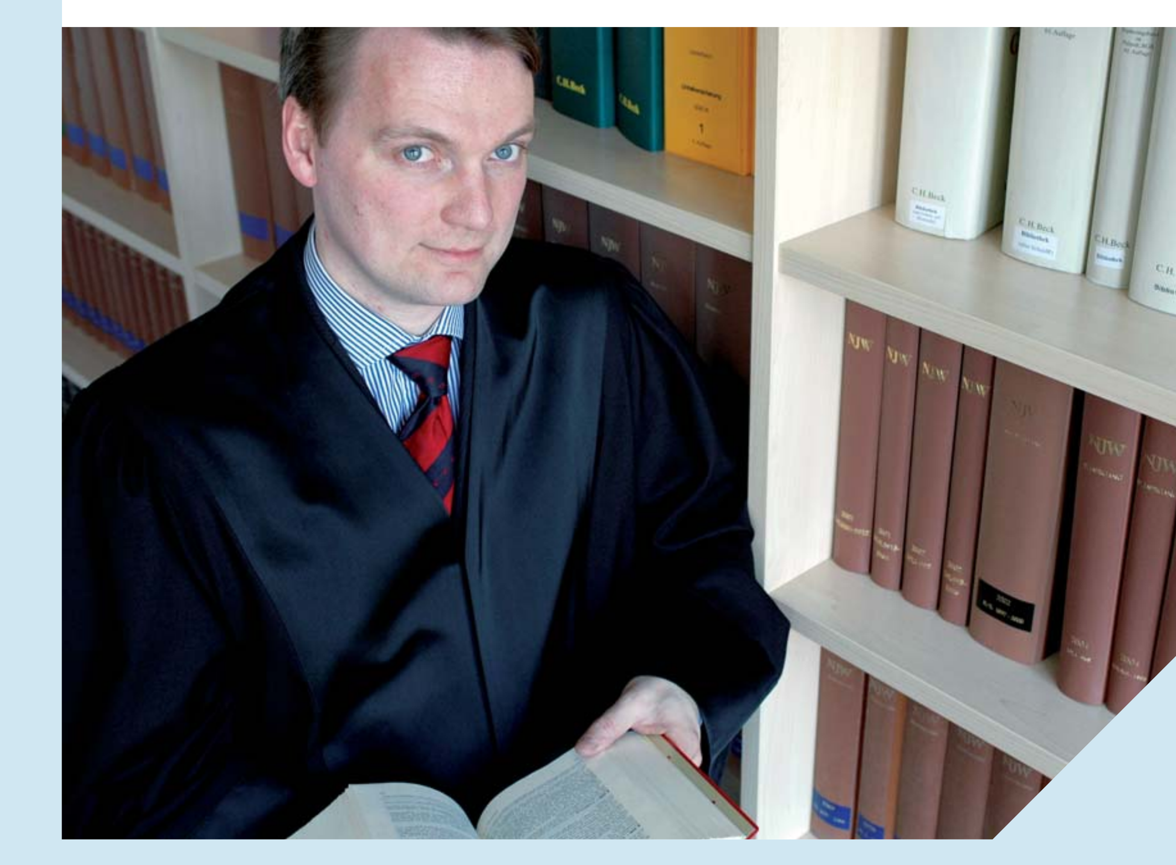
Kontakt: Hamburg@work | Info-Office
Hamburger Straße 11
22083 Hamburg
Tel.: 040 / 69 79 56 38
Fax: 040 / 69 79 56 48
E-Mail: info.office@hamburg-media.net
www.hamburg-media.net

Für weiterführende Informationen können Sie gern den Arbeitskreis Recht unter ak.recht@hamburg-media.net kontaktieren beziehungsweise sich an das Info-Office von Hamburg@work wenden.



HANDBUCH IT-RECHT

Rechtliche Grundlagen für die Praxis







Inhalt

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,



Uwe Jens Neumann Hamburg@work

nach einer Zeit der Konsolidierung meldet sich die deutsche Medien-, IT- und Telekommunikationswirtschaft (MITT) wieder kraftvoll zurück. Die Zeichen stehen auf Wachstum und Beschäftigung. So geht der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (Bitkom) davon aus, dass das Volumen der ITK-Industrie (Informationstechnik und Telekommunikation) dieses Jahr um 2,4 Prozent auf 137,3 Milliarden Euro zulegen wird. Laut Bitkom-Branchenbarometer rechnen 76 Prozent der Unternehmen mit steigenden Umsätzen. Jedes zweite Unternehmen erklärt, die Mitarbeiterzahl bis zum Jahresende steigern zu wollen.

Die MITT-Branche ist also wieder in Bewegung. Ein wesentlicher Treiber dieser Entwicklung ist die Digitalisierung. Sie fördert die Entstehung zahlreicher neuer Produkte und Dienstleistungen. Vieles scheint möglich und machbar. Damit verbunden ist jedoch eine gewisse Unsicherheit in rechtlichen Fragen: Was ist erlaubt? Wo lauern Fallstricke? Die Branche ist noch jung und bietet so viel Potenzial für Streitigkeiten wie kaum eine andere. Doch an Erfahrungen und Standards mangelt es und wenn es zu Konflikten kommt, steht oft einiges auf dem Spiel.

Abhilfe schaffen wollen hier die Mitglieder des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work – Hamburger Juristen, die sich auf Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft spezialisiert haben. Gemeinsam haben sie das vorliegende Handbuch geschrieben, das Softwareanbietern und -anwendern zeigen soll, was in rechtlicher Hinsicht zu beachten ist. Das Spektrum der behandelten Themen reicht dabei von der Vertragsgestaltung über Patentierbarkeit, Softwarevertrieb und Softwarepflege bis zu Open Source, IT-Outsourcing und Security. Die 17 Beiträge der 15 Rechtsexperten adressieren aktuelle Herausforderungen und geben praktische Lösungshinweise, die sich insbesondere an Nicht-Juristen wenden.

Damit wünsche ich Ihnen eine aufschlussreiche Lektüre, die hoffentlich alle Ihre Fragen beantwortet. Falls nicht, stehen Ihnen die Mitglieder des Arbeitskreises Recht gern für weitere Diskussionen zur Verfügung.

Uwe Jens Neumann
Vorstandsvorsitzender von Hamburg@work e.V.

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,


Prof. Dr. Ralf Imhof
Rechtsanwälte
Schulz Noack
Bärwinkel

rechtliche Sicherheit ist ein wesentlicher Faktor für eine stabile Unternehmensentwicklung. Das gilt auch und gerade für den IT-Bereich, der durch seine Dynamik und Innovationskraft Rechtsprechung und Gesetzgeber vor stets neue Herausforderungen stellt. In diesem sich rasch verändernden Umfeld kann Rechtssicherheit nur durch qualifizierte Beratung gewährleistet werden. Der Praktiker steht dabei aber oft vor dem Problem, die rechtlich relevanten Fragestellungen nicht erkennen zu können, so dass es ihm schon nicht möglich ist, vorbeugenden Rat hierzu einzuholen. Dieses Werk soll den mit der Softwareerstellung und -überlassung befassten IT-Praktiker, gleich, ob er auf Seiten der Anbieter oder der Anwender tätig ist, einen Überblick über die für ihn wichtigen Rechtsfragen geben.

Dass der Arbeitskreis Recht der Initiative Hamburg@work diese umfangreiche Hilfestellung geben kann, ist den Autoren zu danken, die ihre Beiträge im Rahmen ihrer Mitgliedschaft im Arbeitskreis zur Verfügung gestellt haben. Die Beiträge spiegeln die langjährigen Erfahrungen wider, die die Autoren im Bereich des IT-Rechts als Rechtsanwälte und Rechtsberater in Kanzleien und Unternehmen sammeln konnten.

Die meisten Autoren gehören dem Arbeitskreis Recht bereits seit langem an und haben den Arbeitskreis schon früh bei dessen zahlreichen Veranstaltungen unterstützt. Durch dieses Engagement seiner Mitglieder kann der Arbeitskreis auf einen in dieser Art einmaligen Fundus an rechtlichem Expertenwissen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik sowie der Medien zugreifen. Die fortschreitende rechtliche Durchdringung der Technik und der Medien lassen viele neue Fragen auftauchen, deren Beantwortung auch den Arbeitskreis Recht immer wieder aufs Neue beschäftigt. Alle Interessierten lade ich herzlich ein, sich an der Auseinandersetzung mit diesen spannenden Fragen im Arbeitskreis Recht zu beteiligen.

Ich würde mich sehr freuen, wenn die in dieses Werk investierte Arbeit durch dessen weite Verbreitung und positive Aufnahme in der IT-Praxis honoriert würde. Lob und Kritik nehmen die Autoren gerne entgegen.

Prof. Dr. Ralf Imhof
Leiter des AK Recht von Hamburg@work

Der Wert von Verträgen


Prof. Dr. Ralf Imhof
Rechtsanwälte
Schulz Noack
Bärwinkel

I. Wozu Verträge?

Das Wort Vertrag kommt von vertragen – und das sollte auch die Maßgabe für die Vertragsgestaltung sein: Ziel eines guten Vertrages ist, durch eine umfassende Regelung der Zusammenarbeit, auch und gerade in Konfliktfällen, das rechtliche Streitpotenzial zu verringern. Ein schriftlich fixierter Vertrag trägt bereits durch einen formalen Akt zum Vertragen der Parteien bei. Schon die Unterschrift unter das Vertragswerk erzeugt abseits der rechtlichen auch eine individuelle Bindung an das Erklärte. Es fällt wesentlich schwerer, sich von einer schriftlich fixierten Erklärung zu lösen, als eine vielleicht berechtigte, aber bisher nur unausgesprochene Erwartung der anderen Vertragsseite zu enttäuschen. Voraussetzung für einen guten Vertrag ist darüber hinaus aber, dass der Vertrag auch inhaltlich verträglich ist und mögliche Konflikte erfasst und hierfür schon vorab Lösungen bereit hält. Dokumentierte, inhaltlich vollständige Verträge dienen also der Streitvermeidung und erlauben es den Vertragspartnern, sich auf den Leistungsaustausch und damit ihr eigentliches Geschäft zu konzentrieren, anstatt Zeit und Kosten in ungewisse rechtliche Auseinandersetzungen zu investieren.

Diese allgemeinen Grundsätze gelten besonders für die IT-Branche. Das IT-Recht ist im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten noch jung und viele Fragen sind noch ungeklärt oder gerade erst aufgetaucht: Warum wird Software nicht lizenziert, sondern verkauft?, Warum gibt es keine effektive Kontrolle über die Weitergabe und Nutzung der Software?, Welche Beratungs- und Hinweispflichten treffen den Anbieter? und viele mehr. Hinzu kommt ebenso wie in allen anderen Geschäftsbereichen, dass ohne die Zuhilfenahme erfahrener Berater selbst nach einer Einigung über eine Zusammenarbeit vieles ungeklärt ist. Die meisten Streitigkeiten resultieren aus unausgesprochenen Erwartungen der einen Vertragspartei gegenüber der anderen. Werden die Erwartungen enttäuscht, kommt es zum Streit. Es wird darüber gestritten, welche Funktionalität die Software aufweisen soll, ob Leistungen noch im vereinbarten Preis enthalten sind, ob rechtzeitig geliefert wurde, welche Rechte an der Software eingeräumt werden müssen und vieles andere mehr. Diese Auseinandersetzungen kosten Zeit und Geld und belasten die Geschäftsbeziehung. Dennoch ist die Bereitschaft, vor Beginn der Zusammenarbeit eine Regelung über den Inhalt dieser Zusammenarbeit zu treffen, gering. In erster Linie werden die mit der Vertragsgestaltung verbundenen Kosten gescheut. Aber häufig sehen die Geschäftspartner einen Vertrag auch als entbehrlich an – in der Hoffnung, dass alles gut werden würde, wie auch bisher alles gut gegangen sei.

A. IT-Beziehungen als gordischer Knoten

Dabei wird in der Regel übersehen, dass auch ohne ausdrückliche Einigung ein Vertrag zwischen den Parteien zu Stande kommt, sofern sie nur einvernehmlich mit dem Leistungsaustausch beginnen. Denn nach dem Gesetz ist die schriftliche Fixierung eines

Vertrages keine Voraussetzung für dessen Wirksamkeit. Ist aus den Äußerungen der Parteien ein Mindestkonsens zu entnehmen, der einen Vertrag trägt, so reicht dies für den Vertragsschluss bereits aus. Wenn jedoch über diesen Mindestkonsens hinaus Erwartungen bestehen, die vielleicht sogar begründet, deren Einbeziehung in die Einigung im Zweifel aber nicht beweisbar sind, ist bei einer unterschiedlichen Interessenlage der Parteien der Streit über den Inhalt der Vereinbarung vorprogrammiert. Wird dieser Streit vor ein Gericht getragen, entscheidet ihn das Gericht allein aufgrund der beweisbaren Umstände. Dabei hängt es oft von Zufälligkeiten ab, was zu diesem späteren Zeitpunkt noch bewiesen werden kann und vor allem, welche Folgerungen das Gericht hieraus zieht. Im Ergebnis begeben sich die Vertragsparteien durch den Verzicht auf eine Fixierung ihrer Interessenlage im Streitfall in die Hände des Gerichts, einem an den Geschäftsbeziehungen nicht beteiligten Dritten. Das Gericht richtet dann nach den Vorgaben des Gesetzes, die aber mit den Interessen der Vertragsparteien nicht übereinstimmen müssen und die, hätten die Parteien diese Vorgaben gekannt, im Vertrag anders geregelt worden wären. Weil am Ende eines Prozesses immer eine Entscheidung stehen muss, sieht sich das Gericht in der Situation, den gordischen Knoten der Rechtsbeziehungen der Parteien nicht anders lösen zu können, als ihn gewaltsam zu teilen. Es spricht Recht nach dem Gesetz und nicht nach den von den Parteien im Vertrag verlautbarten Interessen. Von zumindest einer Partei als ungerechtfertigt empfundene Urteile sind die Folge.

B. Die Leistungsbeschreibung – Kern guter Verträge

Die Bedeutung von Verträgen kann daher nicht hoch genug eingeschätzt werden. Allerdings besteht ein vor allem unter Juristen verbreiteter Irrtum, dass Verträge sich vorrangig in der Regelung reiner Rechtsfragen erschöpfen. Viel wichtiger ist es dagegen, die zu erbringenden Leistungen zu definieren. Die meisten Auseinandersetzungen haben die angeblich unvollständige, nicht fristgerechte oder qualitativ ungenügende Leistung des anderen zum Gegenstand. Wer sich dann auf die bei Beratern oft im Mittelpunkt stehende Haftungsklausel zurückziehen will, sieht sich dem Streit ausgesetzt, was überhaupt geleistet werden sollte. Die beliebte Diskussion um Haftungsklauseln ist erst dann sinnvoll, wenn die vertraglich geschuldete Leistung definiert ist, denn erst dann sind die Fehlerquellen bestimmbar. Daher müssen die zu erbringenden Leistungen genau festgelegt sein. Wenn nicht zu bestimmen ist, was der Dienstleister schuldet, kann kaum bestimmt werden, ob er wegen der Nichterfüllung dieser Schuld in die Haftung genommen werden kann. Zweifelsfragen gibt es bei solch komplexen Leistungen wie im IT-Bereich zur Genüge: Welche Funktionalitäten muss die Software aufweisen beziehungsweise was ist Stand der Technik und kann auch ohne ausdrückliche Vereinbarung erwartet werden?, Muss die neue Software das Gleiche können wie die abzulösende Software?, Wie soll das Antwortverhalten, die Performance überhaupt sein?, Muss ein Benutzerhandbuch ausgeliefert werden und in welcher Form?, Welche Beratungspflichten treffen den fachkundigen Dienstleister? und viele mehr. Das wichtigste Anliegen eines Vertrages ist damit, festzuhalten, welche Pflichten den Vertragsparteien obliegen und welche nicht.

Mit den hiermit verbundenen technischen Fragestellungen sind rechtliche Berater oft überfordert oder fühlen sich hierfür nicht zuständig. Die Folge ist, dass der Beschreibung der technischen Leistungen keine oder zu wenig Beachtung geschenkt wird. In Verträgen finden sich daher oft Regelungen wie „Der Auftragnehmer kennt die Bedürfnisse des Auftraggebers und wird eine diesen Bedürfnissen entsprechende Leistung erbringen“. Solche Klauseln haben keinen bestimmbaren Inhalt und dienen allein dazu, den anderen zu übervorteilen. Den Zweck eines Vertrages, eine Handlungsanleitung zu geben, fördern sie nicht. Die Parteien müssen verstehen, dass Kern eines IT-Vertrages die Leistungsbeschreibung ist und dass diese gar nicht genau genug ausfallen kann. Je detaillierter die Leistung beschrieben wird, desto weniger Möglichkeiten gibt es im Streitfall für ein Gericht, sein eigenes Verständnis beziehungsweise Missverständnis oder das eines gerichtlichen Sachverständigen vom Umfang der zu erbringenden Leistungen an die Stelle der Parteien zu setzen.

II. Wozu Rechtsberater?

Die wichtigste Hürde für einen guten Vertrag können die Parteien damit bereits auch ohne die Hilfe rechtlicher Berater nehmen, indem sie die vom Dienstleister zu erbringenden Leistungen genau beschreiben. Auf der anderen Seite gilt, dass vieles, was den Parteien unverdächtig erscheint, nur mit Hilfe qualifizierter rechtlicher Berater geregelt werden sollte. Zu den wichtigsten rechtlichen Inhalten eines Vertrages gehören die Bestimmung von Leistung und Gegenleistung, die Vereinbarung von Terminen, die Regelung eines Ausstiegs aus dem Vertrag, die Haftung für Störungen bei der Leistungserbringung insbesondere bei Vorliegen eines Mangels und vieles mehr. In diesem Handbuch werden die Themen an anderer Stelle noch detaillierter aufgegriffen. Es sollen hier nur ein paar Beispielsklauseln, die üblich, aber rechtlich bedenklich sind, herausgegriffen werden.

A. Software kann nicht mangelfrei sein – soll es aber

Die Auftragnehmer versuchen sich mit der Klausel „Die Parteien anerkennen, dass Software nicht fehlerfrei sein kann“ zu entlasten. Die Klausel ist technisch gesehen genauso richtig wie sie rechtlich unbeachtlich ist. Kein komplexes Produkt ist ohne Mängel. Das gilt für Autos genauso wie – erst Recht – für Software. Dass komplexe Leistungen nicht ohne Fehler sind, und auch nicht sein können, heißt aber nicht, dass für diese Fehler nicht gehaftet werden muss. Allerdings liegt nicht mit jedem technischen auch ein rechtlicher Fehler vor. Nur dann, wenn der Software oder einer sonstigen IT-Leistung das Vereinbarte oder vom Auftragnehmer auch unausgesprochen berechtigterweise Erwartete fehlt, liegt ein Rechtsmangel vor. Ist die Software technisch mangelhaft, weil sie nicht dem Stand der Technik entspricht, aber wirkt sich dieser Mangel nicht auf die Anwendung aus, so liegt zwar ein technischer, jedoch kein rechtlicher Fehler vor.

B. Unverbindliche Preisangebote

Mit einem unverbindlichen Preisangebot versucht der Anbieter Mehraufwände, die in der Kalkulation noch nicht enthalten waren, zusätzlich zu dem veranschlagten Preis gegenüber dem Auftraggeber abzurechnen. Das gelingt aber nur, wenn die Mehraufwände bei sorgfältiger Kalkulation nicht zu erkennen waren.

Hätte der Auftragnehmer schon bei der Kalkulation erkennen können – und hier gelten strenge Maßstäbe –, dass Mehraufwände anfallen, so hat er seine aus der Vertragsanbahnung folgende Pflicht zu sorgfältigem Vorgehen verletzt und muss dem Auftraggeber den ihm hieraus entstehenden Schaden ersetzen. Der Schaden besteht in der Regel in den anfallenden Mehraufwänden, sodass der Auftraggeber diesen Schaden mit der Entgeltforderung verrechnen kann.

C. Umfassende Nutzungsrechtseinräumung

Nutzungsrechtsklauseln sind in IT-Verträgen eine der hauptsächlichen rechtlichen Schwachstellen. Die wirksame Einräumung von Nutzungsrechten verlangt detaillierte Kenntnisse des Urheberrechts. Eine pauschale Rechtseinräumung, wie häufig etwa mit der Formulierung „Der Auftraggeber erhält das zeitlich, räumlich sowie inhaltlich nicht beschränkte Recht, die Software zu nutzen" vereinbart wird, entspricht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht den gesetzlichen Anforderungen. Eine solche pauschale Einräumung von Nutzungsrechten führt dazu, dass der Auftraggeber nur die Rechte erhält, die er nach dem Zweck des Vertrages benötigt; die übrigen Rechte bleiben beim Auftragnehmer.

D. Software wird verkauft, nicht lizenziert

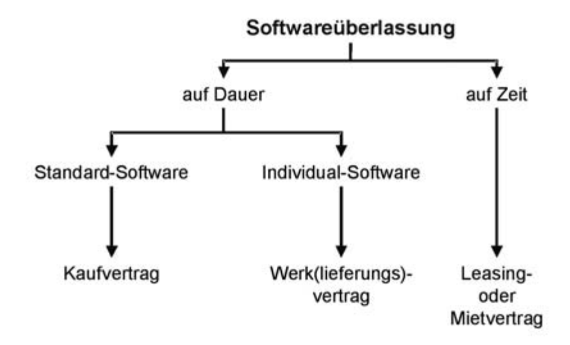
Probleme bereitet auch die verbreitete Annahme, dass die Überlassung von Software einen Lizenzvertrag begründet, der bei unbotmäßigem Verhalten des Nutzers gekündigt werden kann. Klauseln wie „Die Software wird lizenziert, nicht verkauft" zeugen von diesem Missverständnis. Software wird sehr wohl verkauft und eine kündbare Lizenzvereinbarung widerspricht dem Verständnis eines Kaufvertrages. Niemand würde beim Vertrieb von Musik-CDs oder Film-DVDs, deren Inhalte ebenso urheberrechtlich geschützt sind wie Computerprogramme, einen kündbaren Lizenzvertrag annehmen. Das Gesetz sieht für die Nutzung von Musik-CDs oder Film-DVDs keinen Vertrag vor, der gekündigt werden kann. Wer diese Medien unberechtigt verwendet, kann sein Recht zur normalen Nutzung daher auch nicht verlieren. Entsprechendes muss dann auch für die Standardfälle der Softwareüberlassungsverträge gelten.

III. Juristen sprechen eine andere Sprache

Gerade die zuletzt genannte Formulierung „Software wird lizenziert, nicht verkauft" zeigt, dass das in der IT-Branche vorhandene Verständnis der rechtlichen Ausgestaltung von IT-Verträgen nicht mit dem Verständnis der meisten mit diesen Themen befassten Juristen übereinstimmt – gleich, ob diese Berater oder Richter sind. Die Ursache hierfür liegt wohl darin, dass viele IT-Verträge in Deutschland durch US-amerikanische Vorbilder geprägt sind. Dabei wird aber häufig außer Acht gelassen, dass das US-amerikanische Recht von deutschem grundlegend verschieden ist. Das deutsche Recht unterscheidet insbesondere zwischen der Verpflichtung, eine Leistung zu erbringen (etwa die Überlassung von Software zur Nutzung), und der Erfüllung dieser Verpflichtung. Beides kann rechtlich unterschiedlich gewürdigt werden. Die Verpflichtung zur Software-Überlassung wird regelmäßig als Kauf- oder Werkvertrag oder als Mietvertrag gewertet. Einen Lizenzvertrag kennt das deutsche Recht in diesem Zusammenhang nicht. Die Erteilung einer Lizenz im Sinne einer Gestattung, die Software nutzen zu dürfen, gehört zur Erfüllung des gegebenen Versprechens. Ob der Vertrag entsprechend der eingegangenen Verpflichtung erfüllt wurde, bestimmt sich für die Lizenz nach dem Urhebervertragsrecht. Damit folgt das Urheberrecht den Vorgaben der Verpflichtung. Da Kauf die Überlassung eines Gegenstandes auf Dauer bedeutet, scheidet eine Kündbarkeit der Gestattung aus. Software wird demnach verkauft und nicht lizenziert.

IV. Das Korsett der gesetzlichen Vertragstypen

Auch darüber, welchen Vertragstyp sie abgeschlossen haben, befinden sich die Parteien oft im Irrtum. Besonders verbreitet bei IT-Dienstleistern ist es, die Erstellung oder Anpassung von Software als Dienstvertrag auszugeben, um so der Mängelhaftung zu entkommen. Regelmäßig liegt in diesen Fällen jedoch kein Dienstvertrag vor. Die in der Praxis anzutreffenden Arten der Software-Überlassung werden dem Kauf-, dem Werkvertrag, dem Miet- oder Leasingvertrag zugeordnet. Die Zuordnung erfolgt danach, ob die Überlassung auf (unbeschränkte) Dauer oder auf (begrenzte) Zeit erfolgt. Erfolgt sie auf Dauer, liegt regelmäßig ein Kaufvertrag vor. Wird die Software nur vorübergehend überlassen, ist das Vertragsverhältnis als Mietvertrag oder ein dem Mietvertrag ähnlicher Leasingvertrag anzusehen. Die Einordnung als Dienstvertrag scheidet bei der Überlassung von Software grundsätzlich aus. Wird die Softwareerstellung als Dienstleistung erbracht, so gelten hier für die Regelungen über den Werkvertrag:



Der „Lizenzvertrag" kommt in dieser Systematik nicht vor. Wenn bei der Behandlung der Verpflichtung, Leistungen zu erbringen, von einem „Lizenzvertrag" gesprochen wird, wird also ein systemwidriger Begriff verwendet, dessen Inhalt erst durch Auslegung bestimmt werden kann. Die Aussage „Software wird lizenziert, nicht verkauft" stellt die Lizenzierung als eine Alternative zum Verkauf von Software dar. Die Auslegung ergibt daher, dass Verträge, die diese Klausel enthalten, nicht als Kaufverträge gemeint sind. Das ist aber rechtlich nicht haltbar. Für die Beurteilung von Vereinbarungen ist nicht maßgeblich, welche Begriffe die Vertragsparteien verwenden, sondern, was sie mit diesen Begriffen gemeint haben und ob das Gemeinte rechtlich zulässig ist.

Gerade bei der Übernahme von Begrifflichkeiten aus US-amerikanischen Verträgen besteht die Gefahr, dass die Inhalte dieser Begriffe keine klare Entsprechung im deutschen Recht haben. Dann wäre wiederum das Gericht aufgefordert, das Gemeinte herauszufinden und die Parteien hätten sich mit der Wahl dieser Begrifflichkeit in die Hände eines Dritten begeben. Sie müssen dann in Kauf nehmen, dass die Entscheidung des Dritten kaum vorhersehbar ist. Das Gesetz ist für die Vertragspartner ein recht enges Korsett; lockert man es, führt es zu Rechtsunsicherheit. Und auch die Durchsetzung der mit dem Vertrag ursprünglich verfolgten Interessen der Parteien wird dann gefährdet. Verschärft wird diese Problematik durch die gesetzliche Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen.

V. Die wichtigsten vermeidbaren Vertragsprobleme

Die vorstehenden Ausführungen geben nur einen Einblick in die vielfältigen Rechtsprobleme im IT-Bereich. Aus den Erfahrungen der vergangenen Jahre lassen sich folgende, durch eine versierte Vertragsgestaltung zu vermeidende Konfliktfelder zusammenfassen:

- Beginn des Leistungsaustauschs ohne ausdrückliche vertragliche Regelung
- Fehlende oder unvollständige Leistungsbeschreibung
- Fehlende, belastbare Regelung zur Behandlung unvorhergesehener Ereignisse, z. B. Mehraufwände, Leistungsverzögerungen, Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen etc.
- Unklare und oft unwirksame Nutzungsrechtsregelungen
- Vermischung von Regelungen aus dem Miet- und Kaufrecht, z. B. Kündigung der Lizenz, wenn sich der Erwerber der Software vertragswidrig verhält
- Nichtlieferung oder Lieferung einer mangelhaften Benutzerdokumentation, die zudem u. U. in gedruckter Form geschuldet ist
- Künstliche Auftrennung von Regelungen, die eine Einheit bilden, z. B. bei Überlassung von Software auf Zeit durch Schließen eines Pflegevertrags neben dem Mietvertrag
- Vergütungspflicht von Pflegeleistungen, während der Anbieter nach dem Gesetz noch zur kostenlosen Fehlerbeseitigung verpflichtet ist

Wegen der hohen Anfälligkeit der IT-Verträge für rechtliche Unvollständigkeiten besteht vor allem für den Anbieter die ständige Gefahr, dass der andere Vertragsteil die Gelegenheit nutzt und wegen der vorhandenen Lücken und Fehler des Vertrages aus dem Vertrag aussteigt. Rechtliche Auseinandersetzungen beruhen häufig nicht darauf, dass ein unlösbarer Konflikt zwischen den Parteien besteht. Oft geht es allein darum, ein Projekt kontrolliert scheitern zu lassen, weil das Projekt nicht mehr gewollt ist und ein anderer Weg zur Vertragsbeendigung nicht besteht. Bei fehlerhaften Verträgen ist dies gerade im IT-Bereich leicht möglich. Mit einem guten Vertrag wird sich das Vorhaben dagegen in der Regel nicht umsetzen lassen.

VI. Schlichten statt Richten – Die Hamburger IT-Schlichtungsstelle

Wollen die Vertragsparteien aber nicht den schwer steuerbaren Konflikt, sondern eine Problemlösung, so bietet sich vor dem Gang vor die staatlichen Gerichte mit einer oft jahrelangen Prozessdauer ein Schlichtungsverfahren an. Bei diesem Verfahren steht am Ende kein Urteil, sondern ein unverbindlicher Vorschlag zur gütlichen Einigung. Diesen Vorschlag können die Parteien annehmen, müssen es aber nicht. In Kooperation mit der Handelskammer Hamburg hat die Initiative Hamburg@work eine Schlichtungsstelle speziell für Streitigkeiten im IT-Bereich ins Leben gerufen.

Das Prinzip der Hamburger IT-Schlichtungsstelle: Die streitenden Parteien wenden sich mit der Bitte um Vermittlung an die IT-Schlichtungsstelle. Dort wird ihnen ein Schlichterteam, bestehend aus einem IT-Experten und einem Fach-Juristen, zur Verfügung gestellt. Geschäftspartner und Schlichterteam versuchen, gemeinsam einen interessengerechten Lösungsvorschlag zu erarbeiten. Die Kombination von juristischem und technischem Sachverstand sorgt dafür, dass die Lösung nicht nur juristisch tragfähig, sondern auch praktikabel ist. Den Geschäftspartnern steht es frei, den Lösungsvorschlag anzunehmen oder abzulehnen. Nehmen sie ihn an, wird er vertraglich festgehalten.

Eine solche Schlichtung bietet viele Vorteile. Sie ist:

- kostengünstig: Die Schlichter rechnen nach einem günstigen Stundensatz von 145 Euro je Beratungsstunde mit den Parteien ab, nicht nach dem in Gerichtsverfahren üblichen Streitwert. Vor- und Nachbereitungszeiten der Schlichter werden nicht berechnet.
- schnell: Die streitenden Geschäftspartner haben das Tempo für die Lösung ihres Streites selbst in der Hand; er kann schon in dem ersten oder nach wenigen Schlichtungsterminen bei gelegt sein. Außerdem kommt die Schlichtung ohne den Austausch von langatmigen Schriftsätzen aus.
- diskret: Das Schlichtungsverfahren findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Alle an der Schlichtung beteiligten Akteure sind zu Stillschweigen verpflichtet. Geschäftsinterna gelangen nicht an die Öffentlichkeit.
- konstruktiv: Die Lösung des Streits orientiert sich an den Interessen der Geschäftspartner und ermöglicht es ihnen, auch in Zukunft vertrauensvoll zusammenzuarbeiten.

Infos und Kontakt:

Hamburger IT-Schlichtungsstelle
c/o Handelskammer Hamburg
Petra Sandvoß und Claudia Toussaint
Geschäftsbereich Recht & Fair Play, Adolphsplatz 1, 20457 Hamburg
Tel. 040/36138343
Fax 040/36138533
petra.sandvoss@hk24.de oder claudia.toussaint@hk24.de
www.hk24.de/it-schlichtungsstelle

Rechtlicher Schutz von Software


Dr. Flemming Moos
Luther Rechts-anwaltsgesellschaft

Kennzeichnend für Verträge über immaterielle Rechtsgüter – wie Softwareprogramme – ist, dass der Erwerber durch Einräumung eines Nutzungsrechts rechtlich in die Lage versetzt werden muss, dieses zu nutzen. Die Einräumung von Nutzungsrechten tritt neben die Überlassung des Datenträgers, auf dem das Softwareprogramm verkörpert ist. Häufig wird im Zusammenhang mit der Überlassung von Software deshalb auch von Lizenzverträgen gesprochen.

I. Urheberrechtlicher Schutz von Software

Das für Softwareprogramme und deren Lizenzierung maßgebliche Schutzrecht ist das Urheberrecht. Dies kommt seit der Umsetzung der EG-Richtlinie 91/250/EWG vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Computerprogramm-Richtline) in den §§ 69 a ff. des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) enthaltenen speziellen Vorschriften über den Urheberrechtsschutz für Computerprogramme zum Ausdruck. Lediglich ergänzend greifen Softwareunternehmen für ihre software- und computerbezogenen Entwicklungen auf andere Schutzrechte zurück. Relevant sind so der markenrechtliche und der patentrechtliche Schutz sowie der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gemäß § 3 UWG.

A. Software als Gegenstand des Urheberrechts

Software genießt – unter bestimmten, gleich näher zu erörternden Voraussetzungen – gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG urheberrechtlichen Schutz als so genanntes „Sprachwerk". Das Urheberrecht entsteht, ohne dass es irgendwelcher Formalitäten bedarf, mit der Schaffung des Werkes (also der Programmierung der Software). Das Gesetz verwendet allerdings nicht den Begriff „Software", sondern den enger gefassten Begriff „Computerprogramm". Darunter ist nur solche Software zu verstehen, die Steuerbefehle enthält.

1. Grundlagen des Urheberrechtsschutzes

Das Urheberrecht schützt den Urheber sowohl in seinen persönlichen Beziehungen zum Werk (Urheberpersönlichkeitsrecht) als auch in seinen Vermögensinteressen an einer kommerziellen Verwertung des Werkes. Letztere werden durch die Zuerkennung ausschließlicher Verwertungsrechte geschützt. Aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Komponente können Urheber als Schöpfer eines Werkes ausschließlich natürliche Personen sein. Soweit Software allerdings im Rahmen von Arbeits- oder Dienstverhältnissen geschaffen wird, stehen die kommerziellen Verwertungsrechte gemäß § 69 b UrhG ausschließlich dem Arbeitgeber zu.

2. Software als geschütztes Werk

Voraussetzung für einen urheberrechtlichen Schutz von Software – wie von jeder anderen Werkart auch – ist allerdings gemäß § 2 Abs. 2 beziehungsweise § 69 a Abs. 3 S. 2 UrhG, dass

es sich um eine „persönliche beziehungsweise eigene geistige Schöpfung handelt“. Urheberrechtsschutz besteht mithin nur, wenn das Werk eine gewisse „Schöpfungshöhe“ erreicht. Das Gesetz legt hierbei ausdrücklich fest, dass zur Bestimmung der Schutzfähigkeit von Software keine weiteren Kriterien anzuwenden sind, insbesondere keine qualitativen oder ästhetischen Merkmale.

Bei Software ist die erforderliche Schöpfungshöhe nach der Rechtsprechung bereits dann erreicht, wenn deren Konzeption Eigentümlichkeiten aufweist, die nicht als trivial, banal oder von der Sachlogik her zwingend vorgegeben erscheinen. Diese Voraussetzungen dürften lediglich in Fällen abzulehnen sein, in denen ein anderes Programm identisch nachgeahmt wird (1:1-Kopie) oder in denen keinerlei Gestaltungsspielraum für den Entwickler bestand, etwa weil sich die Programmfolge unmittelbar aus gesetzlichen oder anderweitigen Vorgaben ergibt. In der Praxis kann deshalb meist von einer tatsächlichen Vermutung für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Software ausgegangen werden. Im Gerichtsprozess ist deshalb als Nachweis für die Schutzfähigkeit regelmäßig eine globale und pauschale Beschreibung des Programms ausreichend, aus der hervorgeht, dass es sich bei der Software weder um eine völlig banale Gestaltung, noch um eine Nachahmung handelt. Für besondere Ausprägungen von Computerprogrammen soll im Folgenden die Schutzfähigkeit beispielhaft erläutert werden.

So hat etwa das Landgericht Köln in einer Entscheidung von 1999 klargestellt, dass auch digitalisierte Computerschriften (sog. Fonts) hinsichtlich der zur Erzeugung der Schriften erstellten Software als Computerprogramme schutzfähig sind. Auch Compiler und sonstige Tool-Programme, die im Rahmen der Software-Erstellung eingesetzt werden, sind trotz ihres rein technischen Anwendungsbereichs (worauf es im Ergebnis nicht ankommt) grundsätzlich urheberrechtlich schutzfähig.

Schnittstellen von Computerprogrammen, die die Interoperabilität mit anderen Programmen gewährleisten, sind als Teile des Programms anzusehen. Daraus folgt, dass sie auch urheberrechtlich geschützt sind. Ihr Schutz wird jedoch durch die in § 69 e UrhG normierten Befugnisse der berechtigten Benutzer eingeschränkt, wonach ihnen zur Herstellung der Interoperabilität die Schnittstellen gegebenenfalls offen zu legen sind. Problematisch könnte die Schutzfähigkeit allerdings für eigenständig verwertbare Programmelemente wie Module oder Routinen im Rahmen der objektorientierten Programmierung sein. Insbesondere bei kleinen Programmelementen mit sehr begrenzter Funktionalität kann das Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe – trotz der insofern geringen Anforderungen – fraglich sein. Hier ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

B. Umfang und Grenzen des Urheberrechtsschutzes für Software

Gemäß § 69 a Abs. 2 Satz 1 UrhG erstreckt sich der urheberrechtliche Schutz nur auf die Ausdrucksform des Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind gemäß § 69 a Abs. 2 Satz 2 UrhG ausdrücklich nicht geschützt. Für die Abgrenzung zwischen den geschützten Ausdrucksformen eines Computerprogramms und den nicht geschützten Ideen und Grundsätzen lassen sich weder dem Urheberrechtsgesetz noch der Computerprogramm-Richtlinie der EG weitere Anhaltspunkte entnehmen. Auch nach der Gesetzesbegründung für das UrhG soll die „Lösung dieses Problems der Rechtsprechung vorbehalten“ bleiben. Nach der einschlägigen urheberrechtlichen Literatur und Rechtsprechung erfasst die geschützte Ausdrucksform neben den Programmdaten des Maschinen-, Objekt- und Quellcodes auch die innere Struktur und Organisation des Computerprogramms. Dem Urheberrechtsschutz zugänglich sind deshalb die konkrete Sammlung, Auswahl und Gliederung der Programmbefehle und auch das so genannte Gewebe des Computerprogramms, also die individuelle Programmstruktur, die sich aus der Art und Weise der Implementierung und Zuordnung der Algorithmen zueinander ergibt. Algorithmen an sich bleiben jedoch nach ganz herrschender Meinung als einem Computerprogramm zugrunde liegende Ideen und Grundsätze ungeschützt. Schutzfähig sind sie nur in ihrer schöpferischen Einbettung in eine Software durch eine bestimmte Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials; also im Rahmen ihrer individuellen Implementierung.

Software hat den weiteren Zweck, eine über die konkrete Ausdrucksform hinausgehende Funktionalität zu erreichen, etwa eine spezifische Anwendung, wie zum Beispiel Textverarbeitung, Personalverwaltung, Tabellenkalkulation etc., zu ermöglichen. Diese abstrakten Problemstellungen und die Leitgedanken der mit Hilfe des Computerprogramms zu lösenden Probleme werden vom Urheberrecht nicht erfasst. Das heißt, die Arbeitsvorgänge der Aufgabenlösung und deren Beschreibung, für die das Computerprogramm eingesetzt wird, sind nicht urheberrechtlich schutzfähig.

Wird die Funktionalität der Software auch durch ein konkurrierendes Softwareprodukt erzielt, das sich in seiner konkreten Ausdrucksform – also im Quellcode oder im Ablauf der Programmschritte – von dem Ursprungsprogramm unterscheidet, liegt deshalb keine Urheberrechtsverletzung vor. Das Urheberrecht schützt den Rechteinhaber folglich nicht davor, dass dieselbe Softwarelösung von Dritten in Unkenntnis und unabhängig von dem geschützten Programm entwickelt wird. Auch schützt es ihn nicht davor, dass ein Dritter die der Software zugrunde liegenden Ideen nutzt, um gezielt ein Konkurrenzprodukt zu entwickeln. Voraussetzung für die Handlungsfreiheit des Dritten ist dabei, dass er keine Teile der Codelinien kopiert. Insoweit könnte lediglich ein Patentschutz der Software helfen. Im Falle eines Computerprogramms umfasst der patentrechtliche Schutz nämlich auch die Funktionalität an sich – unabhängig davon, durch welche konkreten Programmschritte sie erzielt wird. In der Vertragspraxis empfiehlt es sich jedenfalls, eine genaue Beschreibung der Software, ihrer Komponenten und Begleitmaterialien anzufertigen und dem Vertrag als Anlage beizufügen. So kann der Vertragsgegenstand und damit auch das urheberrechtliche Schutzobjekt klar abgegrenzt werden.

II. Schutz einzelner Software-Komponenten

Neben dem Software-Programm an sich können auch einzelne Komponenten eigenständigen urheberrechtlichen Schutz genießen beziehungsweise für das Software-Programm weitere Werkarten einschlägig sein. Ein eigenständiger Schutz kommt beispielsweise für Benutzeroberflächen von Computerprogrammen in Betracht. Geschützt ist danach insbesondere das Bildschirmdisplay, sofern es ausreichend individuell gestaltet ist. Je nach Schwerpunkt der Oberflächengestaltung kommen insoweit unterschiedliche Wertarten in Betracht. Displays und Display-Sequenzen können als Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 7 UrhG oder auch als Lichtbildwerke oder Lichtbilder gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 beziehungsweise § 72 Abs. 1 UrhG geschützt sein. Für einen Schutz als wissenschaftlich-technische Darstellung ist es allerdings erforderlich, dass der Benutzer über das Übliche hinausgehend anschaulich durch verschiedene Ebenen und Funktionen des Programms gesteuert wird. Für Textelemente in Benutzeroberflächen kommt ein Schutz als Sprachwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG in Betracht. Auch ein Schutz als Werk der bildenden Kunst gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG ist möglich; ein einheitliches Design und eine alltägliche grafische Gestaltung der Benutzeroberflächen genügen indes zur Erreichung der erforderlichen Schöpfungshöhe nicht.

Bei der Realisierung von Internet-Auftritten stellt sich häufig die Frage, ob ein eigenständiger urheberrechtlicher Schutz für so genannte Multimedia-Produkte besteht. Multimedia-Produkte sind – ähnlich den Benutzeroberflächen – gekennzeichnet durch eine Kombination verschiedener Medien und deren rechnergesteuerte Integration. Die weitaus überwiegende Meinung lehnt deshalb eine Qualifizierung von Multimedia-Produkten als eigene (ungeschriebene) Werkart ab und verlangt eine gesonderte Zuordnung der jeweiligen Elemente zu den einzelnen im UrhG benannten Werkarten. Diese Auffassung vertritt in einer aktuellen Entscheidung zum Beispiel das LG Köln (Az. 28 O 744/04). Daneben kann jedoch ein Schutz des Gesamtprodukts (etwa der Website) als Sammelwerk oder Datenbankwerk im Sinne von § 4 UrhG gegeben sein.

Auch Video-Spiele sind hinsichtlich ihrer programmtechnischen Ausgestaltung als Computerprogramme geschützt. Für Video-Spiele kommt jedoch – neben dem Schutz als Computerprogramm bezüglich dessen technischer Ausgestaltung – auch ein Schutz als Filmwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG in Betracht, da es sich um Werke handelt, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen sind. Dem steht nicht entgegen, dass per Zufallsgenerator immer neue Spielabläufe erzeugt werden und der Spieler in den Spielablauf selbst steuernd eingreifen kann. Für Spielfiguren als solche kann ein gesonderter Urheberrechtsschutz gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG bestehen.

III. Schutz von Dokumentationen und sonstigen Unterlagen

Gemäß § 69 a Abs. 1, 2. Halbsatz UrhG erstreckt sich der urheberrechtliche Schutz von Software auch auf das Entwurfsmaterial. Zum Entwurfsmaterial zählen Unterlagen wie etwa Entwicklungsdokumentationen oder Datenflusspläne.

Die Schutzvoraussetzungen für die Dokumentation sind grundsätzlich dieselben wie für das dokumentierte Programm selbst. Reines Begleitmaterial wie etwa Benutzerdokumentationen, Bedienungsanleitungen und System- oder Anwendungshandbücher fallen nicht darunter. Ebenso wenig sind Pflichtenhefte als Entwurfsmaterial geschützt, da sie in der Regel nur eine Beschreibung der (mithilfe der Software) zu lösenden Aufgabe enthalten, nicht aber bereits Teil der Aufgabenlösung selbst sind. Für solche Materialien kommt allenfalls ein eigenständiger Schutz als Sprachwerk im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 UrhG in Betracht.

IV. Schutz von Datenbanken und Datenbankwerken

Reine Daten und Datensammlungen sind nicht als Computerprogramme gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützt, weil sie keine Folgen von Befehlen enthalten, die eine Steuerung von Programmabläufen ermöglichen würden. Für Datenbankwerke und Datenbanken existieren allerdings in §§ 4 und 87 a UrhG eigenständige Schutzrechte. In technisch-funktionaler Hinsicht unterscheiden sich Datenbanken und Datenbankwerke nicht; beide verlangen eine „Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind". Die weiteren Schutzvoraussetzungen sind jedoch aufgrund der verschiedenen Schutzrichtungen unterschiedlich: Während für ein Datenbankwerk im Sinne von § 4 UrhG das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung in Gestalt einer besonderen Auswahl oder Anordnung der einzelnen Elemente notwendig ist, zeichnen sich Datenbanken im Sinne von § 87 a UrhG dadurch aus, dass sie keinen solchen Werkcharakter aufweisen müssen. Bei dem Datenbankrecht handelt es sich vielmehr um ein so genanntes Herstellerrecht, welches den Schutz der von dem Hersteller getätigten Investitionen zum Aufbau der Datenbank bezweckt; § 87 a UrhG verlangt deshalb, dass die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Sammlung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.

Die für einen Schutz als Datenbankwerk erforderliche Schöpfungshöhe hat die Rechtsprechung beispielsweise bei Telefonteilnehmerverzeichnissen abgelehnt, da die Anordnung und Auswahl der darin enthaltenen Datensätze streng nach funktionalen Kriterien erfolgt. Da die Erstellung solcher Teilnehmerverzeichnisse aber in der Regel eine wesentliche Investition erfordert – zum Beispiel wegen des für den Erwerb der Datensätze zu zahlenden Entgelts – sind sie als Datenbanken gemäß § 87 a UrhG geschützt. Nach einer Entscheidung des LG Köln kann zum Beispiel auch eine im Internet vorgehaltene Linkliste als Datenbank geschützt sein. Aus der Formulierung des § 87 a Abs. 1 S. 1 UrhG ergibt sich insoweit, dass von einem sehr weit gefassten Investitionsbegriff ausgegangen werden muss. In den EG-Datenbankrichtlinien vorangestellten Erwägungsgründen des Richtliniengebers ist zudem festgehalten, dass die Investition auch in der Bereitstellung von finanziellen Mitteln oder in dem Einsatz von Zeit, Arbeit und Energie bestehen kann. Schon die eingehende Überprüfung des Inhalts einer Datenbank kann deshalb als wesentliche Investition angesehen werden.

V. Die softwarerelevanten Vorschriften des UrhG im Überblick



Dr. Axel Freiherr von dem Bussche, LL.M. (L.S.E.) Taylor Wessing Rechtsanwälte

Aufgrund europarechtlicher Vorgaben durch die so genannte Softwarerichtlinie behandelt das UrhG Computerprogramme als eine Sonderform der urheberrechtlich ebenfalls geschützten Sprachwerke. Im Unterschied zu allen anderen Werkarten, die sich unmittelbar an den Menschen richten, sind Computerprogramme zur Abarbeitung durch eine Maschine bestimmt. Dies ist letztlich der Grund dafür, dass es im UrhG mit den §§ 69a–69g UrhG Sonderregelungen nur für Computerprogramme gibt. Diese Sonderregelungen haben – soweit es um Computerprogramme geht – Vorrang vor den allgemeinen Vorschriften des UrhG (§ 69a Abs. 4 UrhG).

Als Voraussetzung für urheberrechtlichen Schutz müssen Computerprogramme „individuelle Werke" sein, also das „Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers", § 69a Abs. 3 S. 1. Diese Voraussetzung ist bei den meisten Programmen erfüllt, sofern diese nicht als lediglich „trivial" bezeichnet werden können. Denn eine besondere Schöpfungs- oder Gestaltungshöhe wird gerade nicht verlangt; auch die so genannte kleine Münze unter den Programmen – also Programme mit relativ geringer Schöpfungshöhe – genießen Urheberrechtsschutz.

Das Gesetz weist dem Rechtsinhaber in § 69c UrhG so genannte Verwertungsrechte zu. Verwertungsrechte umschreiben verschiedene Handlungen mit einem Computerprogramm, die ausschließlich der Rechtsinhaber vornehmen darf und die er jedem anderen untersagen kann, der nicht mit seiner Zustimmung handelt. § 69c UrhG benennt ausdrücklich die Rechte zur Vervielfältigung, Umarbeitung, Verbreitung sowie zur öffentlichen Wiedergabe. Grundsätzlich stehen die Verwertungsrechte dem Urheber eines Programms zu – also dem Programmierer. Etwas anderes gilt jedoch nach Maßgabe von § 69b UrhG, wenn der Urheber im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses programmiert. Abweichend von der Regel, dass andere Verwertungshandlungen nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers vornehmen dürfen, erlaubt das Gesetz in bestimmten, insbesondere in den §§ 69d, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG geregelten Sonderfällen die Verwertung eines Programms auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers. Schließlich sollen die Grundlagen der Einräumung von Nutzungsrechten sowie der Sanktionierung von Rechtsverletzungen dargestellt werden.

A. Vervielfältigungsrecht

Das Vervielfältigungsrecht gemäß § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG umfasst sowohl die dauerhafte und die vorübergehende als auch die ganz oder teilweise Vervielfältigung von Software mit jedem Mittel und in jeder Form. Vervielfältigungen sind körperliche Festlegungen eines Werkes, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen; darunter fällt jede Speicherung eines Programms, sei sie dauerhaft auf der Festplatte eines Computers oder auf einem Wechselspeichermedium wie CD oder lediglich vorübergehend im RAM eines Computers vorgenommen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich zwar speziell zur lediglich flüchtigen Einspeicherung von Software in das RAM noch nicht eindeutig positioniert. In der Rechtswissenschaft wird jedoch überwiegend das Laden der Software ins RAM als Vervielfältigung angesehen. Diese Auffassung überzeugt. Denn andernfalls könnte eine Software über mehrere Terminals verwendet werden, obwohl in einem Lizenzvertrag lediglich die einmalige Installation der Software vereinbart wurde.

B. Umarbeitungsrecht

Dem Rechtsinhaber steht nach § 69c Nr. 2 UrhG ferner das ausschließliche Recht zur Umarbeitung eines Computerprogramms sowie die Vervielfältigung der hieraus erzielten Ergebnisse zu. Wie sich aus dem Wortlaut des § 69c Nr. 2 UrhG ergibt, zählen als Umarbeitungen unter anderem Übersetzungen, Bearbeitungen und Arrangements von Software. Der weite Begriff der Umarbeitung erfasst daneben auch die Portierung und Emulation der Software, sodass Updates und Upgrades sowie die Programmwartung, die Fehlerbeseitigung und insbesondere das Customizing einzig dem Rechtsinhaber zustehen.

C. Verbreitungsrecht und seine Erschöpfung

Das ausschließliche Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers ist in § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG geregelt. Es erstreckt sich sowohl auf das Inverkehrbringen als auch auf das Anbieten und Vermieten eines Computerprogramms oder eines Vervielfältigungsstückes in der Öffentlichkeit. Gemäß § 69 Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft sich das ausschließliche Verbreitungsrecht des Urhebers, wenn ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht wird. Das bedeutet, dass hinsichtlich eines einzelnen, mit Zustimmung des Rechtsinhabers in den Verkehr gebrachten Softwarevervielfältigungsexemplars das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers verbraucht ist und er die Weiterverbreitung dieses konkreten Vervielfältigungsexemplars nicht mehr untersagen kann. Hintergrund dieser Erschöpfungsregel ist der Gedanke der Warenverkehrsfreiheit beziehungsweise das allgemeine Interesse an der Verkehrsfähigkeit von Waren: Der Wirtschaftsverkehr, der ein vom Hersteller autorisiertes körperliches Vervielfältigungsexemplar in Händen hält (also eine Ware), soll dieses ohne die Gefahr einer Inanspruchnahme aus dem Urheberrecht weiterveräußern dürfen. Bei der Online-Übertragung von Software allerdings fehlt eine Ware im Sinne einer vom Rechtsinhaber hergestellten oder zumindest autorisierten „Originalvervielfältigung". Es entstehen nur vom Empfänger der Online-Übertragung selbst hergestellte Kopien. Daher ist das Verbreitungsrecht bei der Online-Übertragung von Software nicht erschöpft; es fehlt – so jedenfalls die derzeitige gesetzliche Wertung – ein geeigneter Rechtsscheinträger, wie zum Beispiel eine CD-ROM. Geeignet im Sinne dieser gesetzlichen Wertung ist ein Rechtsscheinträger erst, wenn der jeweilige Erwerber schutzwürdig darauf vertrauen kann, mit dem erworbenen Vervielfältigungsstück am freien Warenverkehr teilnehmen zu können.

Wie durchschlagend dieser Erschöpfungsgedanke ist, zeigt die Entscheidung „OEM-Version" des BGH aus dem Jahr 2000. Microsoft versuchte im Rahmen dieses Verfahrens, den von der

Hardware separaten Weitervertrieb eines OEM-Softwareexemplars zu untersagen. Dieses OEM-Softwareexemplar war jedoch zuvor bereits durch einen von Microsoft autorisierten Zwischenhändler entsprechend den OEM-Vorgaben und damit mit Zustimmung von Microsoft in Verkehr gebracht worden. Der BGH untersagte Microsoft deshalb aufgrund der Erschöpfungsregel und mit Hinweis auf das allgemeine Interesse an der Warenverkehrsfreiheit beziehungsweise Verkehrsfähigkeit, den Weitervertrieb dieses konkreten OEM-Softwareexemplars zu kontrollieren. Beim Vertrieb von Software im Wege der Verbreitung körperlicher Vervielfältigungsexemplare kann der Rechtsinhaber also wegen der Erschöpfungsregel nicht alle Vertriebsstufen, sondern nur die erste Vertriebsstufe urheberrechtlich kontrollieren.

Das Verbreitungsrecht erschöpft sich gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG jedoch nur dann in Bezug auf ein konkretes Softwarevervielfältigungsexemplar, wenn dieses Vervielfältigungsexemplar dauerhaft „im Wege der Veräußerung" in Verkehr gebracht wird; überlässt der Rechtsinhaber eine Kopie lediglich vorübergehend im Wege der Leihe oder Miete, so ist die Weiterverbreitung dieser Kopie mangels ihrer „Veräußerung" nach wie vor vom Verbreitungsrecht erfasst.

D. Sind Weitergabeverbote in Softwareverträgen zulässig?

In der Praxis wird das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers häufig durch so genannte Weitergabeklauseln abgesichert. Die Softwarefirmen versuchen auf diese Weise, die Weitergabe der Software durch den Erwerber oder Mieter zu verhindern. Da jedoch bei der dauerhaften Überlassung von Software sich das ausschließliche Verbreitungsrecht immer auf die Erstverbreitung beschränkt, verstoßen entsprechende Klauseln gegen den soeben dargelegten Erschöpfungsgrundsatz in §§ 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG. Urheberrechtlich kann der Erwerber die Software daher weiterveräußern. Er muss jedoch vor der Übertragung einer Einzellizenz die eigene Kopie löschen. Eine Löschung der Software ist auch bei einem Einsatz in einem Einprozessor-Mehrplatzsystem erforderlich. In diesem Fall wird die Software bei der Benutzung nicht vervielfältigt, da allein der Programmablauf dargestellt wird. Folglich ist die Software insgesamt zu übertragen. Wird eine Software nur vorübergehend überlassen, ist das Verbreitungsrecht gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG nicht erschöpft, da der Wortlaut der Norm das Vermietrecht ausdrücklich ausnimmt. Die Beschränkung der Weitergabe sowohl in AGB als auch durch Individualvereinbarung ist daher bei nicht dauerhafter Überlassung von Software zulässig. Nicht mit § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG zu vereinbaren ist die Pflicht des berechtigten Nutzers, sich bei dem Rechtsinhaber zu registrieren, wenn dadurch eine Weitergabe beziehungsweise -veräußerung der Software verhindert werden soll.

E. Recht zur öffentlichen Wiedergabe

§ 69c Nr. 4 UrhG räumt dem Rechtsinhaber schließlich das Recht zur öffentlichen Wiedergabe eines Computerprogramms ein. Das Recht umfasst alle Formen der drahtlosen und der drahtgebundenen öffentlichen Wiedergabe im Sinne des §§ 15 Abs. 2, 19ff. UrhG sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Eine öffentliche Wiedergabe wird angenommen, wenn ein Computerprogramm einer Vielzahl von nicht persönlich verbundenen Nutzern gleichzeitig oder sukzessive in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird. § 69c Nr. 4 UrhG sichert dem Rechtsinhaber folglich den Vertrieb von Software durch die Bereitstellung seiner Software zum Download insbesondere via Internet (Online-Vertrieb) und wird daher zunehmend an Bedeutung gewinnen. Nicht nur wegen des geringen Distributionsaufwandes, sondern auch weil bei dieser Vertriebsform eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts – anders als beim Inverkehrbringen körperlicher Softwarekopien – nicht eintritt (s. o.), ist sie für die Rechtsinhaber interessant.

VI. Verwertungsrechte in Arbeits- und Dienstverhältnissen

Wie zuvor bereits hervorgehoben, stehen die Verwertungsrechte grundsätzlich dem Urheber eines Programms zu – also dem Programmierer. In diesem Zusammenhang ist jedoch die Sonderregel in § 69b UrhG von besonderer Bedeutung. Wird ein Computerprogramm vom Programmierer im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen des Arbeits- oder Dienstgebers geschaffen, so erhält dieser Arbeits- oder Dienstgeber grundsätzlich alle vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm. Damit stehen alle Verwertungsrechte, vor allem die in den §§ 69c–69f UrhG, ausschließlich dem Arbeit- beziehungsweise Dienstgeber zu – es sei denn, es finden sich anderweitige Regelungen in den Arbeits- oder Dienstverträgen.

VII. Mindestrechte der Nutzer/Schranken des Urheberrechts

Dem Zustimmungsvorbehalt des Rechtsinhabers nach § 69c UrhG stehen die in § 69d UrhG geregelten Ausnahmen als Mindestrechte der Nutzer gegenüber. § 69d Abs. 1 UrhG räumt jedem berechtigtem Nutzer Mindestrechte ein, um diesem einen wirtschaftlich effizienten Einsatz der Software zu ermöglichen. Nach § 69d Abs. 1 UrhG sind die Vervielfältigung und die Umarbeitung von Software nicht an die Zustimmung des Rechtsinhabers gebunden, wenn diese Tätigkeiten für die „bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung" erforderlich sind. Bis zu einem gewissen Umfang kann der Rechtsinhaber die Reichweite dieser Schranke durch eine vertragliche Festlegung der „bestimmungsgemäßen Nutzung" seiner Software nach § 69d Abs. 1 UrhG einschränken. Die Grenze bildet der so genannte „zwingende Kern" an Mindestrechten des Benutzers, der nicht der Vertragsfreiheit der Parteien unterliegt. Zum „zwingenden Kern" gehören zum Beispiel auch das Laden einer Software in das RAM und Programmverbesserungen durch Updates und Upgrades. Nicht mehr zur bestimmungsgemäßen Nutzung zählt dagegen die Verwendung derselben Software auf zwei unterschiedlichen Rechnern, auch wenn diese und damit auch die Software nicht gleichzeitig verwendet werden. Da die Nutzung von Software in Netzwerken ein Einlesen der Programme in den Arbeitsspeicher der vernetzten Rechner und damit eine Vervielfältigung erfordert, müssen sich auch Netzwerkklauseln an § 69d Abs. 1 UrhG messen lassen. Netzwerkklauseln untersagen dem Benutzer die Verwendung von Einzelplatzsoftware im Netzwerk. Unproblematisch ist die Nutzung von Software, die von vornherein für den Netzwerkbetrieb konzipiert und auch zu diesem Zweck veräußert wurde. Sofern die Software jedoch als Einzelplatzversion verkauft wurde, ist das Verbot

der Netzwerkbenutzung nach § 69d Abs. 1 UrhG zulässig, da der Netzwerkeinsatz eine eigenständige Nutzungsart darstellt und somit nicht mehr als bestimmungsgemäße Nutzung durch den Softwareüberlassungsvertrag gedeckt ist.

A. Zulässigkeit von CPU-Klauseln

Aus urheberrechtlicher Sicht sind zudem die oftmals vereinbarten CPU-Klauseln unzulässig. Bei CPU-Klauseln im eigentlichen Sinn wird vereinbart, dass die Nutzung einer Software nur auf einem bestimmten System zu erfolgen hat. Upgrade-Klauseln sollen dagegen sicherstellen, dass die Software nur auf einem System mit einer festgelegten Rechenleistung läuft. Soll die Software auf einem System außerhalb des spezifizierten Systems beziehungsweise in einem System mit einer höheren Leistung verwendet werden, so führt dies zu einer zusätzlichen Vergütungspflicht des Nutzers. CPU-Klauseln engen den „zwingenden Kern" im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG indes ein, sodass die Verwendung des Programms nicht urheberrechtlich durch Vertrag ausgeschlossen werden kann und die Klausel unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt wirkungslos ist.

B. Einschränkung des Bearbeitungsrechtes

Das Bearbeitungsrecht des Rechtsinhabers nach § 69c Nr. 2 UrhG unterliegt ebenfalls den Einschränkung des § 69d Abs. 1 UrhG. Grundsätzlich gilt, dass herkömmliche Bearbeitungen wie Wartungsarbeiten und Fehlerbeseitigungen zustimmungsfrei nach § 69d Abs. 1 UrHG erfolgen können. Nur wenn die Wartung über das normale Maß hinausgeht oder gar zu Änderungen der Programmstruktur führt, erfolgt die Arbeit außerhalb des bestimmungsgemäßen Gebrauchs und ist von daher an die Zustimmung des Rechtsinhabers gebunden.

C. Ist die Erstellung von Sicherungskopien grundsätzlich zulässig?

Nach § 69d Abs. 2 UrhG kann die Erstellung einer Sicherungskopie nicht untersagt werden, wenn die Kopie für die Sicherung der künftigen Softwarenutzung erforderlich ist. Eine Vertragsklausel, die das Erstellen von erforderlichen Sicherungskopien grundsätzlich untersagt, ist daher nach §§ 69d Abs. 2, 69g Abs. 2 UrhG nichtig, soweit dem Nutzer nicht gleichzeitig eine Sicherungskopie überlassen wird. Das gleiche gilt bei Klauseln, die dem Nutzer die Möglichkeit einräumen, gegen ein Entgelt oder gegen Kaufnachweis eine Zweitkopie übersendet zu bekommen.

D. Einschränkungen des Rechts auf eine Sicherungskopie

Wird die Erstellung einer Sicherungskopie nicht durch Vertragsklauseln ausgeschlossen, so hat der berechtigte Nutzer einer Software das Recht, eine Sicherungskopie zu erstellen. Da § 69d Abs. 2 UrhG nur von einer einzelnen Kopie ausgeht, ist die Erstellung von mehreren Kopien unzulässig. Eine Sicherungskopie darf dagegen nicht erstellt werden, wenn die Software auf CD-ROM oder DVD ausgeliefert wird. In diesem Fall besteht kein Sicherungsinteresse des Nutzers. Unerheblich ist es dabei, ob die Software bereits vorinstalliert ist oder ob das Arbeitsexemplar gesondert überlassen wird. Sofern ein Zugriff auf die Daten wegen des Alters der vorhandenen Datenträger gefährdet ist, kann eine Sicherungskopie allerdings erstellt werden. Anschließend hat die Vernichtung der alten Datenträger zu erfolgen. Es versteht sich beinahe von selbst, dass Sicherungskopien nicht an unberechtigte Personen weitergegeben werden dürfen, wenn die Software weiterhin durch den ursprünglichen Benutzer verwendet wird.

E. Zulässigkeit von Programmtestläufen

Zustimmungsfrei sind schließlich gemäß § 69d Abs. 3 UrhG Programmtestläufe, -beobachtungen und -untersuchungen, um die einem Programmelement zugrunde liegenden Ideen und Grundlagen, beispielsweise für kompatible Programme, zu ermitteln. Dieses Recht steht jedoch nicht jedem, sondern nur einem zur Nutzung der Software Berechtigten zu. Ferner dürfen die Testroutinen nur durch Handlungen im Rahmen des Ladens, Anzeigens, Ablaufen-Lassens, Übertragens oder Speicherns der Software erfolgen. Die Dekompilierung von Software fällt nicht unter § 69d Abs. 3 UrhG, da diese in § 69e UrhG separat geregelt wird. Unzulässig sind Testroutinen, dieder Erstellung weiterer Vervielfältigungen dienen oder gar zu ähnlichen Konkurrenzprodukten wie die Ausgangssoftware führen sollen.

VIII. Einräumung von Nutzungsrechten

Die Einräumung von Nutzungsrechten ist grundsätzlich nicht an eine bestimmte Form gebunden und kann daher auch ohne eine schriftliche Vereinbarung erfolgen. Gemäß § 32 UrhG besteht die Möglichkeit, Urheberechte räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt einzuräumen. Dadurch wird die vertraglich bestimmte Nutzungsart konkretisiert und eine weitergehende Ausübung von Nutzungsrechten begrenzt. Zu beachten ist, dass die Einräumung von Nutzungsrechten von der vertraglichen Grundlage getrennt betrachtet werden muss. So können Nutzungsrechte beispielsweise durch einen Kaufvertrag zeitlich befristet als Miete oder aber unentgeltlich im Wege der Schenkung überlassen werden.

A. Umfang der Rechtseinräumung

In welchem Umfang dann die entsprechenden Nutzungsrechte eingeräumt werden, bestimmt sich vorrangig durch die Vereinbarungen der Parteien. Bei Unklarheiten über Art und Umfang der Rechtseinräumung ist nach § 31 Abs. 5 UrhG zur Ermittlung des Parteiwillens auf den Zweck des Vertrages abzustellen. Der Nutzer ist dafür beweispflichtig, dass er die Nutzungsrechte in dem von ihm behaupteten Umfang erworben hat. Denn grundsätzlich gilt im Urheberrecht die so genannte „Zweckübertragungslehre", nach der davon ausgegangen wird, „dass der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der Zweck" der Rechtseinräumung erfordert. Ausgehend von diesem Grundsatz dürfte bei Standardsoftware regelmäßig nur eine einfache Einräumung von Nutzungsrechten anzunehmen sein. Alles andere würde einer weiteren Verbreitung der Software entgegenstehen. Bei Individualsoftware, die ausschließlich für einen Auftraggeber hergestellt wurde, sieht die Situation anders aus. Der Auftraggeber hat normalerweise ein Interesse daran, über die ausschließlichen Vervielfältigungsrechte und Verbreitungsrechte an der Software zu verfügen. Public-Domain-Software führt wegen der kostenlosen Gestattung der Vervielfältigung oder Verbreitung nicht dazu, dass der Urheber seine

Verwertungsrechte verliert, da der Urheber nicht auf seine Urheberrechte verzichten kann. Vielmehr erhält der Nutzer lediglich ein einfaches Nutzungsrecht.

IX. Vernichtungs- und Herausgabeanspruch

Die Sanktionierung von Rechtsverletzungen bei Software wird in erster Linie durch § 69f UrhG geregelt. Bestehen rechtswidrig hergestellte, verbreitete oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmte Vervielfältigungsstücke kann der Rechtsinhaber nach § 69f Abs. 1 S. 1 UrhG die Vernichtung dieser Vervielfältigungsstücke verlangen. Anspruchsgegner für einen Anspruch nach § 69f Abs. 1 UrhG ist grundsätzlich der Besitzer oder Eigentümer des rechtswidrigen Vervielfältigungsstücks; auf dessen etwaiges Verschulden kommt es nicht an. Darüber hinaus besteht für den Rechtsinhaber gemäß § 69f Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 98 Abs. 2 UrhG die Möglichkeit, sich die Vervielfältigungsstücke von deren Besitzer aushändigen zu lassen. In diesem Fall muss der Rechtsinhaber eine angemessene Vergütung zahlen, die allerdings nicht höher als die Herstellungskosten ausfallen darf. Diese beiden Ansprüche des Rechteinhabers unterliegen jedoch nach § 69f Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 98 Abs. 3 UrhG dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Danach kann die Vernichtung oder Aushändigung des unrechtmäßigen Vervielfältigungsstückes nicht verlangt werden, wenn die Beseitigung der Rechtsverletzung auch durch ein milderes Mittel möglich ist. Dieser Fall tritt in der Praxis häufig bei Software auf, die in einem Chip, also in Hardware, implementiert ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt in diesem Fall, dass die Software von dem Chip lediglich zu löschen ist. Eine physische Zerstörung oder Aushändigung des Chips wäre demgegenüber unverhältnismäßig und daher nicht zulässig.

A. Software zur Umgehung von Kopierschutz

Die Vernichtungs- beziehungsweise Übergabepflicht erstreckt sich nach § 69f Abs. 2 i. V. m. § 98 Abs. 2, 3 UrhG auch auf „Mittel, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern." Dies betrifft in erster Linie Programme, mit denen sich Kopierschutzmechanismen umgehen oder beseitigen lassen. Aber auch Software, die die Laufzeitbegrenzung von Software deaktiviert oder eine unzulässige Mehrplatznutzung von Programmen ermöglicht, fällt hierunter. Ob diese Umgehungssoftware mit anderen Programmen eingesetzt werden muss oder allein einen Kopierschutz umgehen kann, ist für einen Anspruch gemäß § 69f Abs. 2 i. V. m. § 98 Abs. 2, 3 UrhG nicht ausschlaggebend. Denn nach dem Wortlaut des § 69f Abs. 2 ist es bereits ausreichend, dass die Umgehungssoftware die Umgehung erleichtert. Allerdings ist der Einsatz der Umgehungssoftware zulässig, wenn er der Erstellung von zulässigen Sicherheitskopien dienen soll.

B. Verbreitungsverbot für rechtswidrig kopierte Software und Schadensersatz

Der Rechtsinhaber kann ferner gemäß § 69a Abs. 4 i. V. m. § 96 UrhG verlangen, dass die Verbreitung der rechtswidrigen Software unterlassen wird. § 69a Abs. 4 i. V. m. § 97 Abs. 1 UrhG verleiht dem Rechtsinhaber außerdem das Recht, die Beseitigung einer durch die Verwendung der rechtswidrigen Software eingetretenen Beeinträchtigung zu fordern. Sofern die rechtswidrige Verwertung der Software vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte, was – da auch leichte Fahrlässigkeit ausreicht – meistens der Fall ist, steht dem Rechtsinhaber nach § 69a Abs. 4 i. V. m. § 97 Abs. 1 UrhG schließlich auch ein Schadensersatzanspruch zu.

Die Patentierbarkeit von Software-Erfindungen


Dr. Mathias Zintler, LL.M
Freshfields Bruckhaus Deringer

Das Patentrecht ist in den letzten Jahren zunehmend in den Blickpunkt der Öffentlichkeit geraten. So wird die von Anfang an höchst umstrittene Biotechnologierichtlinie aufgrund breiten Widerstands in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten nur höchst zögerlich umgesetzt. Der ebenso umstrittene Vorschlag für die Software-Patent-Richtlinie wurde vom Europäischen Parlament mit überwältigender Mehrheit im Sommer 2005 abgelehnt.

Die Software-Patent-Richtlinie beabsichtigte im Wesentlichen, das Patentrecht in Bezug auf die Patentierbarkeit von Software innerhalb der EU zu vereinheitlichen. Bei einem Patent handelt es sich um ein Monopolrecht, das den Erfinder berechtigt, für maximal zwanzig Jahre den Gegenstand seiner Erfindung (die patentierten Software) allein zu verwerten und allen anderen die Verwendung seiner Erfindung zu verbieten. Eine EU-Richtlinie, wie die Software-Patent-Richtlinie, ist ein bindendes europäisches Gesetz, das aber im Unterschied zur so genannten EU-Verordnung nicht automatisch in der EU gilt, sondern grundsätzlich erst einer Umsetzung durch die einzelnen Mitgliedstaaten in ihr jeweils nationales Recht bedarf. Durch die Ablehnung der Software-Patent-Richtlinie ist dieses Gesetzesvorhaben auf europäischer Ebene vorerst gescheitert.

Die Diskussion um die Patentierbarkeit von computerimplementierten Erfindungen (kurz Software-Erfindungen) ist damit aber nicht zu Ende. Vielmehr wird sich nunmehr wieder das Augenmerk auf die Rechtsprechung der einzelnen EU-Mitgliedstaaten richten, die sich bereits seit mehreren Jahrzehnten in einer Fülle von Entscheidungen mit dieser Frage befasst haben. Dies hat allerdings nicht dazu geführt, dass zumindest innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten die Voraussetzungen über die Gewährung von Patentschutz für Software-Erfindungen hinreichend geklärt sind. Denn, wie die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zeigt, besteht weiterhin in vielen Fragen Klärungsbedarf (BGH, GRUR 2004, 667 – Elektronischer Zahlungsverkehr; BGH, GRUR 2005, 141 – Anbieten interaktiver Hilfe; BGH, GRUR 2005, 143 – Rentabilitätsermittlung).

Dies gilt umso mehr auf europäischer Ebene. Obwohl die nationalen Patentgesetze durch das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ) weitestgehend vereinheitlicht wurden, fehlt es bisher an einer Annäherung der Rechtsprechung zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten. Ein daher wünschenswerter europaweiter Konsens über die Voraussetzungen der Gewährung des Patentschutzes für Software-Erfindungen ist aber mit der Ablehnung des Richtlinienvorschlags in weite Ferne gerückt.

Unternehmen müssen sich daher weiterhin mit den national unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen auseinandersetzen, um zu beurteilen, ob Software-Erfindungen patentfähig sind oder nicht. Diese Frage stellt sich aber nicht nur für die Beurteilung der unternehmens-

internen Anmeldestrategie beziehungsweise der von Wettbewerbern zum Schutz vor etwaigen Verletzungsansprüchen („freedom to operate"), sondern auch in Hinblick auf die dadurch notwendigerweise erforderliche Berücksichtigung der Bestimmungen des Arbeitnehmererfindergesetzes. Dabei ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass eine Verwertung einer patentfähigen Software-Erfindung seitens eines Unternehmens wohl erst nach erfolgter Inanspruchnahme erfolgen kann. Denn nach der bestehenden Gesetzessystematik spricht viel dafür, dass die patentrechtlichen Nutzungsrechte einem Unternehmen nicht kraft Gesetzes zufallen, sondern – anders als bei bloß urheberrechtlich geschützter Software – förmlich und fristgebunden in Anspruch genommen werden müssen. Darin liegen durchaus zusätzliche Fehlerquellen im Umgang mit der innerbetrieblichen Softwareentwicklung und auch Haftungsrisiken für das Unternehmen, wie zum Beispiel im Hinblick auf die unterlassene Inanspruchnahme einer patentierbaren Softwareerfindung.

I. Das Problem: Die Nichtpatentierbarkeit von Software „als solcher"

Den nationalen Patentgesetzen sowie dem europäischen Patentübereinkommen ist zunächst die Wertung zu entnehmen, dass Datenverarbeitungsprogramme als solche nicht patentfähig sind. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 PatG werden Datenverarbeitungsprogramme nicht als Erfindung angesehen. § 1 Abs. 3 PatG schränkt diese Regelung insoweit ein, dass der Patentierungsausschluss nach § 1 Abs. 2 PatG nur gilt, als für Datenverarbeitungsprogramme als solche Schutz begehrt wird. Eine entsprechende Regelung findet sich in Art. 52 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 EPÜ.

Als wesentliche Motive für die Einführung des Patentierungsausschlusses von Datenverarbeitungsprogrammen als solche in das Patentgesetz zum 1. Januar 1978 werden zum einen Zweckmäßigkeitsüberlegungen, insbesondere in Hinblick auf die Prüfung seitens der Patentämter, und zum anderen politische Gründe genannt. Dabei fällt auf, dass insbesondere die politischen Aspekte immer weiter an Brisanz gewonnen haben und rund dreißig Jahre nach der Einführung des Patentierungsausschlusses die Diskussion um die umstrittene Software-Patent-Richtlinie wesentlich bestimmten. Während der ursprüngliche Kommissionsvorschlag für die Software-Patent-Richtlinie auf die Regelung des Patentierungsausschlusses ganz verzichtete und noch den programmatischen Satz enthielt, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, dass eine Software-Erfindung patentierbar ist, sofern sie gewerblich anwendbar und neu ist und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht, wurde demgegenüber seitens des europäischen Parlaments gefordert, dass die Regelung des Patentierungsausschusses inhaltlich um wesentliche Aspekte erweitert wird. Obwohl der daraufhin vom Rat vorgelegte Kompromissvorschlag den Anliegen des europäischen Parlaments zum Teil entgegen kam und unter anderem den Patentierungsausschluss für Datenverarbeitungsprogramme ausdrücklich regelte, wurde auch diese Fassung im Parlament – wie zunächst der mühsam ausgehandelte Kompromissvorschlag für die Biotechnologierichtlinie – mit großer Mehrheit abgelehnt. Es ist nun abzuwarten, ob seitens der Kommission ein neuer Richtlinienvorschlag vorgelegt wird, der dem Anliegen des europäischen Parlaments nach einer Ausweitung des Patentierungsausschlusses weiter entgegenkommt.

II. Der Ausweg: Die Patentierbarkeit von Software bei Technikbezug

Trotz des Patentierungsausschlusses für Datenverarbeitungsprogramme als solche werden für Software-Erfindungen seit langem Patente erteilt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind Software-Erfindungen patentfähig, wenn die beanspruchte Lehre Anweisungen enthält, die der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dienen. Was aber ist unter der Lösung eines konkreten technischen Problems zu verstehen? Den jüngsten Entscheidungen des BGH ist dazu zu entnehmen, dass beispielsweise eine Software, die Daten von medizintechnischen Geräten aufzeichnet, um Rentabilitäts- und Verschleißanalysen für den Verwender zu erstellen, nicht als Lösung eines konkreten technischen Problems angesehen wird. Denn das Gericht sah darin rein wirtschaftliche, nicht aber technische Problemlösungen. Wörtlich heißt es dazu in den jüngsten BGH-Entscheidungen:

> Da das Gesetz Programme für Datenverarbeitungsanlagen als solche vom Patentschutz ausschließt (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 PatG), muss die beanspruchte Lehre vielmehr Anweisungen enthalten, die der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dienen. (BGH, GRUR 2005, 143, 144 – Rentabilitätsermittlung; vgl. auch BGH, GRUR 2005, 141, 142 – Anbieten interaktiver Hilfe.)

Diese Formulierung konkretisiert die bisherige Voraussetzung, dass die beanspruchte Lehre unter Berücksichtigung des gesamten Erfindungsgegenstands einen technischen Charakter aufweisen muss, um patentfähig zu sein. Der BGH stellt damit klar, dass nicht nur das beschriebene Problem technischer Natur sein muss, sondern auch die zur Lösung angegebenen technischen Mittel. Die eingangs gestellte Frage muss also genau genommen heißen, was unter einem technischen Problem und der Lösung mit technischen Mitteln zu verstehen ist. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass nur dann ein technisches Problem vorliegt, wenn es notwendigerweise den Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Herbeiführung eines kausal übersehbaren Erfolgs erfordert (BGH, GRUR 1969, 672, 673 – Rote Taube; BGH, GRUR 1977, 96, 98 – Dispositionsprogramm; BGH, GRUR 1980, 849, 851 – Antiblockiersystem). An dieser Definition hält der BGH auch in seinen jüngsten Entscheidungen fest.

Damit ist aber noch nicht geklärt, was unter der Lösung eines technischen Problems mit technischen Mitteln zu verstehen ist. Klärungsbedarf besteht insoweit in Hinblick auf die Frage, ob auch technische Überlegungen – im Unterschied zum Einsatz von technischen Mitteln – die erforderliche Technizität der Erfindung begründen können. Denn in der Entscheidung „Logikverifikation" hat es der BGH für ausreichend erachtet, dass der Gegenstand der beanspruchten Lehre eine Lösung eines technischen Problems mit auf technischen Überlegungen beruhenden Erkenntnissen vorschlug (BGH, GRUR 2000, 498, 499 ff. – Logikverifikation). Diesen Gesichtspunkt hat der BGH in der Entscheidung „Suche fehlerhafter Zeichenketten" auch noch einmal wiederholt (BGH, GRUR 2002, 143, 144 f. – Suche fehlerhafter Zeichenketten). Die Formulierung in den jüngsten BGH-Entscheidungen („Lösung eines technischen Problems mit technischen Mitteln") legt allerdings nahe, dass bloß technische Überlegungen zur Lösung eines technischen Problems nicht mehr ausreichen sollen, sondern dass nunmehr der Einsatz von technischen Mitteln vorausgesetzt wird. Insofern scheinen die Entscheidungen „Logikverifikation" und „Suche fehlerhafter Zeichenketten" überholt zu sein.

Klärungsbedarf besteht auch hinsichtlich der vom BGH zuletzt in der Entscheidung „Suche fehlerhafter Zeichenketten" eingeführten Unterscheidung zwischen Ansprüchen auf den herkömmlichen Gebieten der Technik, also der Ingenieurwissenschaften, der Physik, der Chemie oder der Biologie, die grundsätzlich patentierbar sind, und solchen auf anderen Gebieten, bei denen es einer gesonderten Prüfung bedarf, ob sich die beanspruchte Lehre, wie es heißt, gerade „durch eine Eigenheit auszeichnet, die unter Berücksichtigung der Zielsetzung patentrechtlichen Schutzes eine Patentierbarkeit rechtfertigt". Diese Unterscheidung berücksichtigte zwar die bisherige Entscheidungspraxis, dass ein großer Anteil der als patentfähig angesehenen Software-Erfindungen die herkömmlichen Gebiete der Technik betraf. Dennoch muss bezweifelt werden, ob es sich dabei um ein taugliches Abgrenzungskriterium handelt. Denn letztlich wird für jeden Einzelfall genau zu prüfen sein, ob die erforderliche Technizität gegeben ist oder nicht. In den jüngsten Entscheidungen des BGH wird diese Differenzierung auch nicht wieder aufgegriffen, sondern – wie dargelegt – generell gefragt, ob die beanspruchte Lehre Anweisungen enthält, die der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dienen. Dies könnte dafür sprechen, dass der BGH an der zuletzt eingeführten Differenzierung zwischen herkömmlichen und sonstigen Gebieten der Technik nicht weiter festhalten will.

III. Die weiteren Voraussetzungen: Neuheit und erfinderische Tätigkeit

Eine Software-Erfindung ist also dann nicht von der Patentierbarkeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG ausgeschlossen, wenn die beanspruchte Lehre die erforderliche Technizität aufweist. Dies ist nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH dann der Fall, wenn die beanspruchte Lehre Anweisungen enthält, die der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dienen.

Damit ist aber noch nichts über die Patentierbarkeit der Erfindung gesagt. Vielmehr muss die Erfindung auch die allgemeinen Patentierungsvoraussetzungen der Neuheit, der erfinderischen Tätigkeit und gewerblichen Anwendbarkeit erfüllen, um patentiert werden zu können. Die jüngsten Entscheidungen des BGH heben diesbezüglich hervor, dass die beanspruchte Lehre nur dann patentiert werden kann, wenn die Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln gelehrt wird, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind. Damit stellt der BGH klar, dass für die Beurteilung der Neuheit, der erfinderischen Tätigkeit und der gewerblichen Anwendbarkeit auf das technische Problem und dessen technische Lösung – und nicht auf nicht-technische Merkmale der Erfindung – abzustellen ist.

Bisher war unklar, inwieweit das Vorliegen der allgemeinen Patentierungsvoraussetzungen auch mit nicht-technischen Merkmalen, wie zum Beispiel Algorithmen und Geschäftsmethoden, begründet werden kann. Während die so genannte Kerntheorie der älteren Rechsprechung des BGH davon ausging, dass nur die technischen Merkmale für die Beurteilung der allgemeinen Patentierungsvoraussetzungen heranzuziehen sind, ging der BGH seit der Entscheidung „Tauchcomputer" davon aus, dass bei der Prüfung der erfinderischen Tätigkeit der genannte Erfindungsgegenstand unter Einschluss der nicht-technischen Merkmale zu berücksichtigen ist (BGH, GRUR 1992, 430, 432 – Tauchcomputer). Von dieser so genannten Gesamtbetrachtung wich der BGH aber in jüngerer Zeit langsam wieder ab. In der Literatur wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass der BGH zwar zur Beurteilung des technischen Charakters einer Erfindung auch nicht-technische Merkmale einbezieht. Davon getrennt erfolge aber die Beurteilung der Neuheit und der erfinderischen Tätigkeit.

Diese erneute Kehrtwende in Richtung der alten Kerntheorie zeichnet sich bereits in der Entscheidung „Suche fehlerhafter Zeichenketten" ab. Der BGH hebt dort hervor, dass eine in computergerechte Anweisungen gekleidete Lehre nur dann patentierbar ist, wenn deren prägende Anweisungen der Lösung eines konkreten technischen Problems dienen. In der Literatur wurde dabei zu Recht darauf hingewiesen, dass sich der Begriff „prägende Anweisungen der beanspruchten Lehre" ebenso gut als Kern der beanspruchten Lehre bezeichnen lässt. Deutlicher wird der BGH in der Entscheidung „Elektronischer Zahlungsverkehr", indem er klarstellt, dass mit dem Begriff „prägende Anweisungen" sichergestellt werden soll, dass sich die Feststellung erfinderischer Tätigkeit auf der Grundlage vollzieht, derentwegen der angemeldete Gegenstand eine Lehre zum technischen Handeln darstellt. Weil durch das Patentrecht ausschließlich Problemlösungen auf einem Gebiet der Technik gefördert werden sollen, geht es, wie der BGH betont, bei der Feststellung der erfinderischen Tätigkeit allein darum, diejenigen Anweisungen zu erfassen, die eine Aussage darüber erlauben, ob eine schutzwürdige Bereicherung der Technik vorliegt.

Dies hat das Bundespatentgericht erneut aufgegriffen und betont in seiner wohl noch unveröffentlichten zweiten Entscheidung „Elektronischer Zahlungsverkehr", dass andere Aspekte, wie zum Beispiel geschäftliche Erwägungen, für die Bewertung der erfinderischen Tätigkeit unbeachtlich sind (BPatG 17 W (pat) 46/02, 10. Februar 2005 – Elektronischer Zahlungsverkehr). Wörtlich heißt es dort:

> Im vorliegenden Fall liegt (...) allein der (...) Verwendung eines an sich bekannten elektronischen Zahlungssystems (electronic banking) (...) eine konkrete technische Problemstellung zugrunde, so dass der Bewertung der erfinderischen Tätigkeit allein diese Anweisung zugrunde zu legen ist. Die anderen Aspekte des Verfahrens (...) sind durch geschäftliche Erwägungen bestimmt und für die Bewertung der erfinderischen Tätigkeit unbeachtlich.

Mithin ist für die Prüfung der erfinderischen Tätigkeit sowie für die der Neuheit und der gewerblichen Anwendbarkeit allein auf die Lösung des konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln abzustellen.

IV. Nichtpatentfähige Erfindung: Beispiele aus der Rechtsprechung

Der Rechtsprechung des BGH lässt sich mittlerweile auch recht eindeutig entnehmen, welche Umstände nicht hinreichend sind, um eine Software-Erfindung zu patentieren.

A. Organisations-, Rechen- und Datenverwaltungsprogramme

Schon in der frühen Entscheidung „Dispositionsprogramm" hat der BGH klargestellt, dass reine Organisations- und Rechenprogramme für die elektronische Datenverarbeitung grundsätzlich nicht patentfähig sind (BGH, GRUR 1977, 96 – Dispositionsprogramm). Dies gilt auch für Verfahren, bei denen gedankliche Schritte – im Gegensatz zu technischen – im Vordergrund

stehen, wie dies in der Regel bei reinen Datenverwaltungsprogrammen der Fall ist. Wie der BGH in seiner Entscheidung „Chinesische Schriftzeichen“ betont, fehlt es an der erforderlichen Technizität, wenn der Erfolg der zum Patentschutz angemeldeten Lehre sich auf gedankliche Maßnahmen des Ordnens der zu verarbeitenden Daten beschränkt (BGH, GRUR 1992, 36 – Chinesische Schriftzeichen).

B. Datenverarbeitungsprogramm auf einem Speichermedium

Ebenso ist anerkannt, dass ein Datenverarbeitungsprogramm als solches nicht schon dadurch patentierbar wird, dass es in einer auf einem herkömmlichen Datenträger gespeicherten Form zum Patentschutz angemeldet wird (BGH, GRUR 2002, 143 – Suche fehlerhafter Zeichenketten). Obwohl ein Speichermedium wie zum Beispiel eine CD-ROM oder Diskette grundsätzlich als technischer Gegenstand angesehen werden kann, hat der BGH hervorgehoben, dass einem Speichermedium in Hinblick auf das Programm – ähnlich einem Blatt Papier – nur die Funktion eines Informationsträgers zukommt, der eingesetzt wird, wenn die Ausführung des Verfahrens durch einen Computer gewünscht ist. Dieser Umstand reicht aber nicht aus, die erforderliche Technizität zu begründen.

C. Datenverarbeitungsprogramm als so genannter Vorrichtungsanspruch

Bei einem so genannten Vorrichtungsanspruch versucht der Software-Erfinder, das begehrte Patent durch die Beschreibung der Funktionsweise der Software auf einer Datenverarbeitungsanlage zu formulieren, um durch die Hinzunahme der Datenverarbeitungsanlage doch noch Patentschutz zu bekommen. Beansprucht wird also nicht nur die Software als Verfahren (sog. Verfahrensanspruch), sondern eine Datenverarbeitungsanlage mit einer besonderen softwaregesteuerten Funktion (sog. Vorrichtungsanspruch).

In seinen jüngsten Entscheidungen konnte der BGH in diesem Zusammenhang klarstellen, dass es nicht ausreicht, eine Software als Vorrichtungsanspruch zu formulieren, um dafür Patentschutz zu erhalten. Diese Klarstellung ist insofern bemerkenswert, weil der BGH noch im Leitsatz seiner Entscheidung „Sprachanalyseeinrichtung“ hervorhob, dass einer Vorrichtung (also einer Datenverarbeitungsanlage), die in bestimmter Weise programmtechnisch eingerichtet ist, grundsätzlich technischer Charakter zukommt. In der Literatur wurde daher darauf hingewiesen, dass nach Maßgabe dieser Entscheidung für den kundigen Anmelder stets die Möglichkeit besteht, eine an sich nicht patentfähige Erfindung als Vorrichtungsanspruch zu formulieren, um dennoch Patentschutz zu erhalten. Dabei wurde aber übersehen, dass zwar einer Software-Erfindung durch die Formulierung als Vorrichtungsanspruch die erforderliche Technizität zukommen kann. Die Erfindung ist aber erst dann patentierbar, wenn auch die allgemeinen Patentierungsvoraussetzungen, also insbesondere Neuheit und erfinderische Tätigkeit, vorliegen. Dies hat der BGH in seinen jüngsten Entscheidungen noch einmal besonders hervorgehoben, in denen es dazu wörtlich heißt:

> (...) auch bei der vorrichtungsgemäßen Einkleidung einer Lehre, die sich der elektronischen Datenverarbeitung bedient, (ist) deren Patentfähigkeit nur dann zu bejahen, sofern hierbei die Lösung eines konkreten technischen Problems mit Mitteln gelehrt wird, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.

V. Patentrecht und Urheberrecht: Die arbeitnehmererfinderrechtliche Problematik

Die grundsätzliche Patentierbarkeit von Software-Erfindungen führt dazu, dass sich für Unternehmen die Frage stellt, ob sie gegenüber ihren angestellten Programmierern Software-Erfindungen formell gemäß § 6 Abs. 2, S. 1 ArbNErfG durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer in Anspruch nehmen müssen oder ob ihnen sämtliche vermögensrechtlichen Befugnisse daran aufgrund von § 69 b UrhG kraft Gesetzes zustehen.

Computerprogramme werden nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG i.V.m. § 69 a UrhG grundsätzlich als urheberrechtlich geschützte Werke angesehen. Wenn es sich dabei um ein Computerprogramm handelt, das von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen ist, dann ist nach § 69 b UrhG ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt. Dies gilt aber nach der systematischen Stellung der Vorschrift im Urhebergesetz nur für alle vermögensrechtlichen Befugnisse an Urheberrechten, die an dem Computerprogramm bestehen. Damit ist nicht bestimmt, ob dem Arbeitnehmer auch zugleich die patentrechtlichen Nutzungsrechte oder sogar sämtliche Rechte an der Erfindung an einem auch patentschutzfähigem Computerprogramm zustehen. Denn für Erfindungen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gemacht werden, gilt nach den Regeln des Arbeitnehmererfindergesetzes der Grundsatz, dass dem Arbeitgeber die Rechte an der Erfindung nur nach erfolgter Inanspruchnahme zustehen (§ 7 ArbNErfG). Im Gegenzug erwirbt der Arbeitnehmer einen gesonderten Vergütungsanspruch (§ 9 ArbNErfG). Der BGH erwägt daher in einer jüngeren Entscheidung, dass dem Arbeitnehmererfinder einer Software-Erfindung aufgrund des Patentrechtsschutzes – und unabhängig von dem gleichzeitig bestehenden Urheberrechtsschutz – ein Vergütungsanspruch zukommt (BGH, GRUR 2002, 149, 151 – Wetterführungspläne II). Allerdings brauchte der BGH diese Frage nicht abschließend zu beantworten. Wörtlich heißt es dazu in der Entscheidung „Wetterführungspläne II“:

> Die Vergütung nach den §§ 9 und 10 ArbNErfG hat eine Beteiligung des Arbeitnehmers an den Vorteilen zum Gegenstand, die mit den durch einen Sonderrechtsschutz nach Patent- und Gebrauchsmusterrecht ermöglichten Ausschließlichkeitsrechten verbunden sind. Solche Vorteile, bei denen ein Vergütungsanspruch nach dem Arbeitnehmererfindergesetz auch bei Softwareentwicklung denkbar erscheint, stehen hier nicht in Frage.

Dies lässt erkennen, dass der BGH entsprechend der Gesetzessystematik offenbar davon ausgeht, dass dem Arbeitgeber nach § 69 b UrhG ausschließlich die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an einem Computerprogramm eingeräumt werden. Bestehen zugleich auch Erfindungsrechte an einem Computerprogramm, so gehen diese danach nur nach erfolgter Inanspruchnahme auf den Arbeitgeber über. In der Praxis wird die Einhaltung der arbeitnehmererfinderrechtlichen Bestimmungen insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen aufgrund des damit verbundenen Kosten- und Verwaltungsaufwands nicht einfach sein. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass ein Verzicht auf die Inanspruchnahme von Software-Erfindungen die Rechtsposition der Unternehmen erheblich schmälern kann.

Es ist daher zu empfehlen, im Einzelfall sehr genau zu prüfen, ob ein Computerprogramm patentfähig ist und mithin eine arbeitnehmerrechtliche Inanspruchnahme erforderlich wird, um sich auch die daran bestehenden Erfindungsrechte zu sichern.

VI. Zusammenfassung

Nach dem Scheitern der Software-Patent-Richtlinie wird die Frage der Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen vornehmlich weiterhin nach nationalem Recht zu beurteilen sein. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH ist eine computerimplementierte Erfindung nur dann patentierbar, wenn ihr Gegenstand eine Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln lehrt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass nicht-technische Merkmale grundsätzlich nicht die Neuheit oder erfinderische Tätigkeit einer Erfindung begründen können. Nicht patentierbar sind nach dem Patentierungsausschluss Datenverarbeitungsprogramme als solche. Darunter werden in aller Regel reine Organisations-, Rechen- und Datenverwaltungsprogramme fallen. Nichtpatentfähige Programme werden auch dadurch nicht patentfähig, wenn der Patentanspruch auf ein Speichermedium Bezug nimmt beziehungsweise als ein so genannter Vorrichtungsanspruch formuliert wird.

Vertragsgestaltung bei Softwareüberlassung auf Dauer



Dr. Christian Lemke
Heissner & Struck

I. Vertragsgestaltung – was ist zu regeln?

A. Vertragsgegenstand

Auf die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer finden – wie an anderer Stelle bereits ausgeführt – kaufrechtliche Bestimmungen zumindest entsprechende Anwendung (vgl. BGH NJW 2000, 1415). Pflicht des Verkäufers ist die Übergabe der verkauften Sache sowie die Verschaffung des Eigentums hieran – und zwar frei von Sach- und Rechtsmängeln (§ 433 Abs. 1 BGB). Mit der Besitz- und Eigentumsverschaffung der verkauften Standardsoftware ist es indes nicht getan, gerade wenn es sich um komplexe branchenspezifische Standardsoftware für Unternehmen handelt. Vielmehr können sich eine Reihe besonderer Verpflichtungen des Verkäufers ergeben, die gesonderten Regelungsbedarf begründen und auf die nachstehend näher eingegangen werden soll.

B. Funktionsumfang und vorvertragliche Beratungspflichten

Festlegungsbedürftig ist zunächst der Kaufgegenstand, das heißt die konkrete Software mit allen wesentlichen Funktionen und Eigenschaften. Wird die Beschaffenheit nicht vereinbart, so liegt nach § 434 BGB ein Sachmangel vor, wenn sich die Software nicht für die vertraglich vorausgesetzte oder sonst die gewöhnliche Verwendung eignet und nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Zu dieser Beschaffenheit gehören grundsätzlich auch Eigenschaften, die der Käufer nach den „öffentlichen Äußerungen" des Verkäufers oder des Herstellers insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB). Zwar wird man im Grundsatz davon ausgehen können, dass sich der Käufer einer Standardsoftware vor dem Kauf über deren Funktionsumfang informieren muss und es in seine Risikosphäre fällt, wenn die Software hinter seinen – subjektiven und nicht etwa durch überzogene Werbeanpreisungen des Herstellers begründeten – Erwartungen zurückbleibt (so etwa OLG Oldenburg, Urt. v. 06.07.2000, Gesch.-Nr. 14 U 5/00). Gleichwohl können den Softwarelieferanten vorvertragliche Beratungspflichten treffen, deren Verletzung Schadenersatzansprüche auslöst (zum Softwareleasing vgl. bereits BGH NJW 1984, 2938 f.).

Einzelheiten sind umstritten und Gegenstand einer Reihe von gerichtlichen Entscheidungen; stets kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. So hat der Anbieter von Software, der im Regelfall über ein größeres Know-how und eine umfangreichere Erfahrung verfügt als der Anwender, den Anwender nach einer Entscheidung des OLG Köln bei Vertragsschluss und bei Erstellung eines Anforderungsprofils zu beraten, wenn er erkennt, dass dieser nicht über die nötige Sachkunde verfügt. Zu den Pflichten des Anbieters soll die Mitwirkung bei der Ermittlung der betrieblichen Bedürfnisse des Anwenders gehören, wobei er erkennbare Unklarheiten und Widersprüche bei der Zielvorgabe aufklären muss. Dem unerfahrenen Anwender gegenüber habe der Anbieter größere Beratungspflichten als demjenigen gegenüber, der ersichtlich Vorkenntnisse habe (OLG Köln, NJW 1994, 1355). Einen spezialisierten Anbieter branchenspezifischer Softwarelösungen werden höhere Beratungspflichten treffen, als etwa einen PC-Discounter, von dem jedenfalls nach OLG Hamm, NJW-RR 1998, 199 keine umfangreiche Beratung erwartet werden kann.

Es ist folglich – auch zur Vermeidung des Vorwurfs wettbewerbswidriger Werbung – geboten, Eigenschaften in der Werbung und bei der Kennzeichnung von Standardsoftware korrekt und nicht zu viel versprechend anzugeben. In Verträgen über den Kauf komplexerer Software, die nicht gerade über den Ladentisch eines Kaufhauses geht, sollte der Funktionsumfang – gegebenenfalls in Anlagen zum Vertrag – möglichst detailliert beschrieben werden. Insgesamt sollte darauf geachtet werden, dass beim Kunden keine übertriebenen Erwartungen geweckt werden und der Leistungsumfang klar umrissen ist.

C. Bedienungsanleitung, Dokumentation

Der BGH hat die Pflicht zur Überlassung von Handbüchern zur Hauptleistungspflicht erhoben (BGH NJW 1993, 461 ff. und BGH NJW 1993, 2436). Ist eine Online-Hilfe vorgesehen, begründet deren Fehlen einen Mangel (BGH NJW 2000, 1415 f.). Ein vollständiger Ersatz einer gedruckten Dokumentation durch eine Online-Dokumentation hingegen dürfte sich nur einzelvertraglich – außerhalb von AGB-Regelungen – vereinbaren lassen. Dokumentationen sind jedenfalls Endanwendern grundsätzlich auch in deutscher Sprache zu überlassen und müssen dem Kunden all jene Kenntnisse vermitteln, die er zur zweckentsprechenden Anwendung der Software benötigt. Einzelheiten sollten soweit möglich vertraglich näher bestimmt werden.

D. Installation? Untersuchung und Rüge!

Lange Zeit war streitig, ob Software erst dann als abgeliefert gilt, wenn zumindest ein im Wesentlichen ungestörter Probelauf durchgeführt wurde oder gar erst dann, wenn die Software im Betrieb des Käufers in einer ausführlichen Erprobungsphase letztlich fehlerfrei gelaufen ist. Der BGH hat dem in seiner „Lohnprogramm"-Entscheidung eine Abfuhr erteilt und klargestellt, dass es auch beim Softwarekauf dabei bleibt, dass die Software abgeliefert ist, wenn sie in einer ihre Untersuchung ermöglichenden Weise in den Machtbereich des Käufers gelangt ist. Anderes gelte nur dann, wenn zusätzlich die Installation der Software oder die Einweisung von Personal des Käufers durch den Verkäufer vereinbart sei (BGH NJW 2000, 1415, 1416 f.). Damit ist zugleich klargestellt, dass den Verkäufer Installationspflichten auch bei Lieferung komplexerer Standardsoftware grundsätzlich nicht treffen. Andererseits muss der kaufmännische Käufer beachten, dass er gelieferte Standardsoftware schon vor der Installation in seinem System grundsätzlich nach § 377 HGB unverzüglich auf etwaige Mängel zu untersuchen und entsprechende Mängel unverzüglich zu rügen hat, will er nicht den Verlust seiner Mängelansprüche riskieren. Aus Sicht des kaufmännischen Käufers ist es daher folglich zwingend erforderlich, eine gewünschte Installation oder aber zumindest verlängerte Untersuchungs- und Rügefristen ausdrücklich zu vereinbaren.

1. Verpflichtung zur Softwarepflege?

Softwarekauf umfasst nicht Softwarepflege, sollte man meinen. Dies kann sich jedoch als Irrtum erweisen. So urteilte das Landgericht Köln (CR 1999, 218 ff.), Verträge über die Überlassung integrierter Softwareprodukte verpflichteten den Überlassenden nicht nur zur Lieferung und Installation – schon letzteres (Installation) ist nach der „Lohnprogramm"-Entscheidung des BGH nicht mehr haltbar –, sondern aufgrund einer selbstständigen leistungsbezogenen Nebenpflicht aus § 242 BGB zur Wartung für eine bestimmte Zeit. Maßgebend für die Dauer der Pflegepflicht sei dabei nicht die tatsächliche Nutzungsdauer, die Amortisation oder die Dauer der steuerlichen Abschreibung der Programme, sondern „nur" deren „Lebenszyklus" zuzüglich einer angemessenen Frist. Wenngleich der Entscheidung des Landgerichts ein Fall zugrunde lag, in dem es um die Kündigung eines Wartungs- beziehungsweise Pflegevertrags ging, so hat das Gericht doch gleichwohl deutlich gemacht, dass der Verkäufer von Software stets auch zur Pflege verpflichtet sei – und zwar vergleichbar einem Kfz-Hersteller, der schließlich auch für eine gewisse Zeit zur Bereithaltung von Ersatzteilen verpflichtet sei. Die Pflegeverpflichtung sei dabei auch dem Softwarehersteller zumutbar, weil er für den „Lebenzyklus" der Programme (das Landgericht beurteilte insoweit eine Frist von fünf Jahren über die seinerzeitige sechsmonatige gesetzliche Gewährleistungsfrist hinaus als angemessen) personelle und sachliche Mittel vorhalten müsse, um die Programme weiterentwickeln und auch anderen Interessenten verbunden mit einer Gewährleistung und Wartung anbieten zu können.

Die geschilderten Auffassungen sind nach Meinung des Verfassers durchweg verfehlt und wurden auch im Schrifttum zutreffend kritisiert (ablehnend jüngst auch OLG Koblenz, Urteil vom 12.01.2005, Gesch.-Nr. 1 U 1009/04). Der Käufer auch einer komplexen Software kann eine über die Mängelbeseitigung hinausgehende Pflege nicht allein deshalb erwarten, weil er die Software längerfristig zu nutzen beabsichtigt. Will er die Pflege, so muss er vor Erwerb der Software die Möglichkeit des Abschlusses eines Pflegevertrags ausloten und notfalls auf andere Software ausweichen. Software wird schließlich auch nicht wie Kfz-Teile durch Verschleiß „schlecht" beziehungsweise unbrauchbar. Folgte man der Auffassung insbesondere des LG Köln, so bliebe auch völlig unklar, wie weit die angebliche Nebenpflicht zur Softwarepflege reicht, was konkret geschuldet wird und welches Entgelt hierfür erwartet werden kann. Gleichwohl: Aus Sicht sowohl des Softwareherstellers als auch aus Sicht des Anwenders insbesondere komplexer Softwareprodukte sollte klar vertraglich geregelt werden, was geschuldet ist und was nicht. Auch über die Pflege sollten sich die Parteien frühzeitig verständigen.

Kontrovers diskutiert wird schließlich auch, ob und unter welchen Umständen sich eine Verpflichtung zum Abschluss eines Pflegevertrags auch aus kartellrechtlichen Bestimmungen (§ 20 GWB) ergeben kann; dies soll hier indes nicht weiter vertieft werden.

E. Quellcodeherausgabe?

Nach der „Programmfehlerbeseitigung"-Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH GRUR 2000, 866 ff.) führt das gesetzliche Recht des Anwenders zur Vornahme von Fehlerbeseitigungen aus § 69d Abs. 1 UrhG dazu, dass ihm Fehlerbeseitigung durch einen Dritten vertraglich nicht generell untersagt werden kann. Dem Anwender und von ihm eingeschalteten Dritten ist eine Fehlerbeseitigung durchweg nicht ohne Quellcode möglich, sodass hieraus möglicherweise ein Anspruch auch auf Herausgabe des Quellcodes abgeleitet werden könnte. Einen solchen Anspruch hatten verschiedene Gerichte zuvor jedenfalls bei Erstellung von Individualsoftware angenommen, soweit keine Pflegeverpflichtung bestand beziehungsweise der Quellcode zur Fehlerbeseitigung benötigt wurde (vgl. LG München NJW 1989, 2625, 2626; OLG Saarbrücken, BB 1995 Beil 16, S. 12; OLG Karlsruhe, CR 1999, 11, 12 und noch LG Köln, NJW-RR 2001, 1711; anders jedoch – sowohl für Standard- als auch Individualsoftware – LG Köln, CR 2003, 484).

Derlei steht indes den dringenden Geheimhaltungsinteressen des Softwareherstellers am Quellcode entgegen, weshalb die entsprechenden Entscheidungen zutreffend auf Widerspruch stießen. Nach der „Programmfehlerbeseitigung“-Entscheidung des BGH ist jedenfalls gegen eine vertragliche Regelung nichts einzuwenden, die die Fehlerbeseitigung dem Softwarehersteller vorbehält, solange sie dem Vertragspartner das Recht einräumt, den Fehler durch einen Dritten beheben zu lassen, wenn der Hersteller selbst hierzu nicht willens oder in der Lage ist. Anwendern sollten auch über die Gewährleistungsfristen hinaus Fehler beseitigende Updates zur Verfügung gestellt werden. Ansprüche auf Herausgabe des Quellcodes gehören aus Sicht des Softwareherstellers vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen, wogegen jedenfalls nach LG Köln, CR 2003, 484 keine Bedenken bestehen.

F. Nutzungsrechte

Der Eigentümer einer ihm verkauften Sache kann mit dieser – soweit dem nicht gesetzliche Bestimmungen oder Rechte Dritter entgegenstehen – grundsätzlich „nach Belieben verfahren“, § 903 Abs. 1 BGB. Dies bedeutet nicht, dass der Erwerber von Standardsoftware diese nach Belieben verwerten, gar beliebig vervielfältigen oder bearbeiten darf. Die Rechte des Erwerbers finden ihre Schranken zunächst in den urheberrechtlichen Bestimmungen für Computerprogramme §§ 69a ff. UrhG. Überdies lassen sich vertragliche Regelungen über die Einräumung von Nutzungsrechten beziehungsweise Nutzungsbeschränkungen treffen, jedenfalls soweit nicht solche Nutzungen ausgeschlossen werden, die für die vertragsgemäße Nutzung (deren Festlegung folglich von erheblicher Bedeutung ist) der Software unerlässlich sind.

AGB-rechtliche Besonderheiten sowie gesetzlich zwingende Rechte des Anwenders – insbesondere §§ 69g Abs. 2, 69d Abs. 2 und 3; 69e UrhG (Unabdingbarkeit insbesondere des Rechts auf Anfertigung einer Sicherungskopie sowie der Dekompilierung zur Herstellung der Interoperabilität) und Verbraucher schützenden Bestimmungen – sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden; hierauf wird in diesem Buch gesondert eingegangen.

Auch nach Weiterverkauf von Software sind dingliche Nutzungsrechtseinschränkungen nicht gegenstandslos; ein gutgläubiger Erwerb nicht bestehender Nutzungsrechte ist vielmehr ausgeschlossen. Auf die „Erschöpfung“ von Verbreitungsrechten an Softwaredatenträgern, die mit Zustimmung des Rechteinhabers im Wege der Veräußerung in der EU in den Verkehr gebracht wurden (§§ 17 Abs. 2; 69c Nr. 3 UrhG) wird an anderer Stelle dieses Buches noch eingegangen werden.

Explizite Nutzungsrechtseinräumungen, die Art und Umfang von Nutzungsrechten – insbesondere zu Fragen der Vervielfältigung, der Nutzung auf bestimmten oder mit einer bestimmten Leistungsfähigkeit ausgestatteten Rechnern, der Einzelplatz- oder Netzwerknutzung, zur Dekompilierung und zu Programmänderungen und dergleichen – detailliert bestimmen, sind daher grundsätzlich auch bei Verträgen über den Kauf von Standardsoftware unumgänglich.

G. Vergütung



Florian König, M.L.E.
König & Kollegen
Rechtsanwälte

Der wohl aus kaufmännischer Sicht wichtigste Punkt ist die Regelung über die Vergütung. Wie bereits an anderer Stelle erörtert, ist ein Softwareüberlassungsvertrag dem Kaufrecht zuzuordnen, wenn die Software auf Dauer und gegen Einmalentgelt überlassen wird. Die Hauptpflicht des Käufers besteht in der Zahlung des Kaufpreises (vgl. § 433 Abs.1 BGB). Dementsprechend klar sollte die Frage der Vergütung geregelt werden. Dabei ist es rechtlich zunächst irrelevant, ob der Lieferant die Softwareüberlassung als „Kauf“, „Lizenzvereinbarung“ oder Ähnliches bezeichnet. Entscheidend für die Anwendung des Kaufrechts ist die Überlassung der Software auf Dauer und gegen Einmalentgelt. Ein solches Einmalentgelt kann auch auf mehrere Zahlungen (z. B. Raten) gestreckt werden. Die Höhe des Einmalentgelts kann auch nachträglich angepasst werden, so zum Beispiel, wenn die Software besonders erfolgreich eingesetzt oder das Unternehmen verkauft wird (sog. „Earn-Out-Klausel“). Ein solcher erfolgsabhängiger Vergütungsanteil macht unter Umständen auch dann für den Verkäufer Sinn, wenn er von dem späteren (wirtschaftlichen) Erfolg der Software noch profitieren will.

Unter bestimmten Umständen kann auch neben einem festen Kaufpreis eine Lizenzgebühr vereinbart werden, ohne dass der Vertrag insgesamt dem möglicherweise für den Verkäufer nachteiligen Mietrecht unterworfen wird. Eine solche Lizenzgebühr hat die Rechtsprechung neben einem festen Kaufpreis zumindest beim Erwerb patentgeschützter Gegenstände zugelassen, ohne die Vereinbarung insgesamt dem Kaufrecht zu unterwerfen (vgl. RG v. 11.05.1929 – I 357/28, RGZ 124, 317 (319)). Grundsätzlich ist deshalb darauf zu achten, dass auch die Vergütungsregelung mit dem von den Parteien gewollten Vertragstyp korrespondiert. Da es hierzu noch keine klare Rechtsprechung gibt, ist bei allen Vergütungsmodellen, die von einer festen Einmalzahlung abweichen, eine gewisse Vorsicht geboten.

H. Sach- und Rechtsmängelhaftung

Wie bereits weiter oben dargestellt, hat der Verkäufer die Software gemäß § 434 BGB frei von Sachmängeln zu liefern. Dies ist dann der Fall, wenn sie beim Gefahrenübergang (i. d. R. ist das der Zeitpunkt, an dem der Verkäufer die Software übergibt) die vereinbarte Beschaffenheit hat. Und falls keine vereinbarte Beschaffenheit vorliegen sollte, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet beziehungsweise wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine übliche Beschaffenheit aufweist. Dementsprechend kommt dem Pflichtenheft eine besondere Bedeutung zu, da sich regelmäßig nach diesem bestimmen wird, ob die Software die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat oder nicht.

Weicht die Leistung der Software von der Beschreibung im Pflichtenheft ab, liegt ein Mangel vor, der den Verkäufer nach Wahl des Käufers zur Nacherfüllung, zur Minderung des Kaufpreises, zum Rücktritt und kumulativ, das heißt daneben, zum Schadensersatz verpflichtet. Die gleichen

Verpflichtungen treffen den Verkäufer, falls gemäß § 435 BGB ein Rechtsmangel vorliegen sollte. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Verkäufer nicht in der Lage sein sollte, dem Käufer die zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlichen Rechte zu übertragen. Sollte eine Übertragung der konkreten Rechte vertraglich nämlich nicht oder nicht vollständig vereinbart worden sein, so ist die Einräumung der Rechte geschuldet, die zur Erreichung des vertraglichen Zwecks (nach der sog. Zweckübertragungstheorie) erforderlich sind.

Die Gestaltungsmöglichkeit des Verkäufers, die gesetzlichen Regelungen zu modifizieren, ist in Verbraucherverträgen äußerst begrenzt. Etwas mehr Spielraum besteht im B2B-Bereich. Da nach dem Gesetz grundsätzlich der Käufer die Art der Mangelbeseitigung bestimmen kann, ist es für den Verkäufer ratsam, sich vorrangig zunächst das Recht auf Nacherfüllung (z. B. durch Nachlieferung) einräumen zu lassen. Im B2B-Bereich kann sogar vereinbart werden, dass die Nacherfüllung von der Bezahlung eines angemessenen Teils der vereinbarten Vergütung abhängig gemacht wird. Zudem sollte sich der Verkäufer das Recht einräumen lassen, einen neuen Softwarestand auch im Rahmen der Nacherfüllung liefern zu können.

Erfahrungsgemäß fordert die Fehlersuche und -beseitigung bei mangelhafter Software einen gewissen Aufwand, wobei nicht immer gleich ersichtlich ist, ob es sich um einen Mangel der Software handelt oder der Fehler aus anderen Gründen auftaucht (z. B. Hardware-Inkompatibilität, Probleme bei dem Zusammenspiel mit anderer Software usw.). Deshalb ist es ebenfalls ratsam, mit dem Käufer zu vereinbaren, dass eine Vergütungspflicht für entsprechende Leistungen besteht, sollte sich herausstellen, dass keine vom Verkäufer zu vertretenden Mängel vorliegen.

Um schnell Klarheit darüber zu gewinnen, ob eine Software mangelfrei ist oder nicht, hat der Käufer im B2B-Bereich eine unverzügliche Rügepflicht gemäß § 377 HGB, die den Käufer verpflichtet, die Software genau zu untersuchen. Im Zusammenhang mit möglichen Rechtsmängeln ist es hilfreich, wenn sich der Verkäufer das Recht ausbedingt, mögliche Streitigkeiten über Nutzungsrechte mit Dritten allein zu führen, wenn zum Beispiel dem Käufer von dritter Seite die Nutzung aufgrund einer möglichen Urheberverletzung untersagt werden sollte. Da mögliche Rechtsmängel den gesamten Vertrieb des Verkäufers beeinflussen könnten, ist es normalerweise auch im eigenen Interesse des Verkäufers, die Rechtsverteidigung und die Klärung der offenen Fragen in die eigene Hand zu nehmen.

I. Schadensersatz

Im Allgemeinen berechtigen schuldhafte Pflichtverletzungen des Verkäufers den Käufer zur Geltendmachung von Schadensersatz. Wie gezeigt, ist der Schadensersatz auch neben den Gewährleistungsrechten (Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung) möglich. Die Möglichkeit, die Geltendmachung von Schadensersatz gegenüber Verbrauchern zu beschränken, ist äußerst begrenzt, im B2B-Bereich in engen Grenzen jedoch möglich. Die Wirksamkeit entsprechender Haftungsklauseln, mit denen die Haftung eingeschränkt werden soll, hängt demnach davon ab, ob der Käufer Verbraucher im Sinne des § 13 BGB oder Unternehmen im Sinne des § 14 BGB ist.

Im Verhältnis zu einem Verbraucher kann eine Vereinbarung vor Mitteilung eines Mangels nicht getroffen werden, die zum Nachteil des Verbrauchers seine Rechte aus den §§ 433–435, 437, 439–443 BGB einschränkt (vgl. § 475 BGB). Zudem können Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz nicht ausgeschlossen werden und es gelten strenge gesetzliche Regeln bezüglich vereinbarter Garantien. Im B2B-Bereich ist zwar höchstrichterlich immer noch nicht abschließend geklärt, ob sich ein Unternehmen pauschal für grobe Fahrlässigkeit frei zeichnen kann, jedoch besteht zumindest eine Freizeichnungsmöglichkeit für die einfache Fahrlässigkeit.

Zudem ist anerkannt, dass im unternehmerischen Verkehr eine summenmäßige Haftungsbeschränkung zulässig ist, allerdings nur, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko steht. Deshalb ist zum Beispiel bei den oft verwendeten Klauseln, die eine Haftungsbeschränkung auf ein bestimmtes Vielfaches des Kaufpreises vorsehen, größte Vorsicht geboten, da sie im Zweifel nicht wirksam sind. Die Vertragsparteien sind deshalb gut beraten, wenn sie sich bei Vertragsschluss über die Höhe des möglicherweise vertragstypischen Schadensrisikos einig werden und dies dokumentieren. So können sie eine mögliche, summenmäßige Haftungsbeschränkung wirksam vereinbaren.

Ebenfalls besteht im B2B-Bereich die Möglichkeit, die Haftung auf eine entsprechende Versicherung, die der Verkäufer abschließt, zu begrenzen. Dies ist dann möglich, wenn diese Begrenzung nur für den Fall gilt, wenn die Versicherung auch eintritt und zudem die Versicherungshöhe dem vertragstypischen Schadensrisiko entspricht. Ein Haftungsausschluss für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln bei Verletzung wesentlicher Vertragspflichten und/oder Personenschäden ist auch im kaufmännischen Verkehr nicht möglich.

Aufgrund der Informationsdichte, die bereits bei der Vertragsanbahnung vorliegt und die dann später im Laufe des „Vertragslebens“ noch verdichtet wird, ist es sinnvoll, dass die Vertragspartner sich gegenseitig – auch über das Vertragsende hinaus – zeitlich unbegrenzt zur Geheimhaltung verpflichten. Bei besonders sensiblen Informationen, Geschäftsgeheimnissen oder anderen sensiblen Daten ist es zudem sinnvoll, die Verletzung einer Geheimhaltungsverpflichtung mit einer Vertragsstrafe zu sanktionieren. Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung führt zwar regelmäßig zur Schadensersatzpflicht, in der Praxis scheitert die (gerichtliche) Durchsetzung eines solchen Schadensersatzanspruchs in der Regel jedoch an der mangelnden Nachweismöglichkeit eines konkreten Schadens. Gleiches gilt für die gegenseitige Verpflichtung zur Einhaltung des Datenschutzes, insbesondere dann, wenn eine Partei in irgendeiner Form mit sensiblen Kundendaten betraut ist (z. B. in der Gesundheits- und/oder Versicherungsbranche) oder wenn ein Vertragspartner sich einer besonderen vertraglichen Verpflichtung unterworfen hat.

J. Schlussbestimmungen

In den Schlussbestimmungen werden üblicherweise die Fragen des anwendbaren Rechts, die Frage des Gerichtsstands und/oder Erfüllungsorts, der Formerfordernisse und Folgen bei Lücken oder (Teil-)Unwirksamkeit geregelt.

K. Schriftformklausel

Eine Schriftformklausel soll sicherstellen, dass Vertragsänderungen nur dann wirksam sein sollen, wenn sie schriftlich erfolgen und dass die Parteien sich einig sind, dass die Vertragsurkunde sämtliche Abreden vollständig wiedergibt. Zwar hat der BGH entschieden, dass ein formfrei begründeter Formzwang auch formfrei – zum Beispiel stillschweigend, in dem mündliche Vertragsänderungen beschlossen wurden – wieder aufgehoben werden kann (vgl. BGH in ITRB 2004, 123 (124)), doch hat eine Schriftformklausel dann zumindest noch Bedeutung für die Frage der Beweislastverteilung. Sollte eine Partei sich auf eine mündliche Abrede berufen wollen, so würde sie die Beweislast dafür tragen, was in der Praxis eher schwierig ist und selten gelingen wird. Gegenüber Verbrauchern ist eine ausschließliche Schriftformklausel, dahingehend, dass zum Beispiel mündliche Abreden zur Wirksamkeit eine schriftliche Bestätigung erfordern, unwirksam.

L. Anwendbares Recht

Grundsätzlich kann im B2B-Bereich die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung vereinbart werden. Wenn nichts vereinbart wird, gilt bei deutschen Vertragspartnern regelmäßig deutsches Recht, wenn es keine anderen Ansatzpunkte gibt. Bei Auslandsbezug macht es Sinn, das UN-Kaufrecht (CISG = Übereinkommen der vereinten Nationen über Verträge, über den internationalen Warenverkauf vom 11.04.1980 BGB L. 1 1989 II, 588) auszuschließen. Eine Vereinbarung dahingehend, dass nur das deutsche Recht Anwendung finden soll, schließt das UN-Kaufrecht nämlich nicht aus. Gegenüber Verbrauchern ist eine Rechtswahlklausel, die eine andere als die gesetzliche Rechtsordnung vereinbart, unwirksam, ein Ausschluss der CISG ist wohl aber möglich.

M. Gerichtsstandsklausel

Solche Gerichtsstandsklauseln sind gegenüber Verbrauchern unwirksam. Ebenfalls unzulässig – auch im B2B-Bereich – sind Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit dem einstweiligen Rechtsschutz. Gegenüber Verbrauchern ist eine Gerichtsstandsklausel, die einen anderen als den gesetzlichen Gerichtsstand vereinbart, unwirksam.

N. Salvatorische Klausel

Die so genannte salvatorische Klausel, die verhindern soll, dass die Unwirksamkeit einer Klausel nicht die Wirksamkeit der gesamten Vereinbarung tangiert, hat ebenfalls Auswirkungen auf die Beweislast, da die Wirksamkeit des „restlichen" Vertrages letztlich eine Frage des (mutmaßlichen) Parteiwillens ist (vgl. §§ 155, 157 BGB). Will sich eine Partei entgegen der Klausel auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrages berufen, trägt sie die Beweislast dafür, dass die Parteien den Vertrag in Kenntnis der Unwirksamkeit der weggefallenen Klausel nicht geschlossen hätten (vgl. BGB in NJW 2003, 347 f.). Auch dies wird in der Praxis regelmäßig nicht oder nur sehr schwer gelingen. Die oft zu findende Formulierung, dass eine fehlende, unwirksame oder weggefallene Klausel durch eine zulässige Klausel zu ersetzen sei, die den wirtschaftlichen Wert der weggefallenen oder fehlenden Klausel am nächsten kommt, ist gegenüber Verbrauchern unwirksam. Denn der Verbraucher weiß dann nicht, was gelten soll.

O. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen

Wie bereits bei den vorgenannten Punkten gezeigt, ist der Gestaltungsspielraum gegenüber Verbrauchern sehr gering. Dies gilt insbesondere bei der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass Abweichungen zum Nachteil des Verbrauchers von den gesetzlichen Vorschriften so gut wie ausgeschlossen sind.

Bei dem vom Gesetzgeber belassenen Gestaltungsrahmen ist es angezeigt, größte Sorgfalt walten zu lassen. Die Rechtsprechung geht nämlich bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten stets von der verbraucherfeindlichsten Auslegung aus, und Unklarheiten bezüglich einzelner Klauseln (insbesondere in AGB) gehen immer zur Lasten des Verwenders. Zudem können Vertragsklauseln, die zum ersten Mal verwendet werden, AGB sein.

Der Gestaltungsspielraum im B2B-Bereich ist erheblich weiter, aber auch hier ist besondere Sorgfalt an den Tag zu legen, um den zulässigen Rahmen nicht zu überschreiten. Hinsichtlich der Frage der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen stellt sich mittlerweile die grundsätzliche Frage, ob man gegenüber Verbrauchern überhaupt noch ein umfangreiches und mittlerweile unvermeidbar kompliziertes Klauselwerk verwenden will. Der vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung belassene Gestaltungsrahmen bei Verbrauchern ist mittlerweile zu klein, sodass man sich auch aus Marketinggesichtspunkten immer öfter die Frage stellen kann, ob man auf umfangreiche AGB nicht vollends verzichten und gegebenenfalls nur die wenigen Regeln, die für die eigene Unternehmung unverzichtbar sind, kurz und verbraucherfreundlich herausstellen sollte. Zwar müssen auch solche kurzen Regelungen der AGB-rechtlichen Überprüfung standhalten, doch wird es der Verbraucher positiv registrieren, wenn der Unternehmer nur einige wenige, verständliche Regelungen verwendet.

In jedem Fall sollten die zum Beispiel im Fernabsatz und/oder im E-Commerce geltenden Informationspflichten sorgfältig erfüllt werden, da hier fehlerhafte oder unvollständige Belehrungen und/oder Informationspflichten relativ oft seitens der Konkurrenz mit wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen (z. B. Abmahnungen) geahndet werden. Gleiches gilt für die Einhaltung der vielfältigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Hier können zum Beispiel bei der Produktregistrierung erhebliche Fallstricke drohen. Auch hier empfiehlt es sich dringend, die geltenden, teilweise umfangreichen Informationspflichten und Formalien einzuhalten, da datenschutzrechtliche Verstöße nicht nur von Konkurrenten, sondern auch von den zuständigen Behörden geahndet werden können und teilweise Bußgelder in empfindlicher Höhe (bis zu 250.000 Euro) drohen.

Vertragsgestaltung bei Softwareüberlassung auf Zeit



Florian König, M.L.E.
König & Kollegen
Rechtsanwälte

I. Abgrenzung von Miete und Kauf

Wie bereits im Beitrag „Der Wert von Verträgen" gezeigt, bestehen bei den beiden Vertragstypen „Miete" und „Kauf" Vor- und Nachteile. Beim Verkauf kann der Verkäufer den weiteren Vertrieb und die Nutzung beim Käufer nur noch in einem sehr eingeschränkten Umfang kontrollieren, seine Rechte erschöpfen sich an der verkauften Programmkopie. Dafür besteht nur eine zeitlich eingeschränkte Gewährleistungspflicht für Mängel an der Software, wobei diese Einstandspflicht im Verhältnis zum Unternehmer noch entsprechend eingeschränkt werden kann (vgl. BGH 14.07.1993 VIII ZR 147/92 BHG in NJW 1993, 2436, 2437; OLG München vom 11.03.1998 – 7 U 2964/97 CR-intern. 1999 116).

Bei der Vermietung hat der Vermieter hingegen die Möglichkeit, zusätzliches Geschäft zu generieren, indem die Nutzungsrechte des Mieters der Software eingeschränkt werden. Nachteile der Software-Miete bestehen allerdings in dem dauerhaften Recht des Mieters auf Mietminderung bei Mängeln (vgl. § 536 Abs. I BGB) und in dessen Recht auf Schadensersatz, wenn der Vermieter bei der Fehlerbeseitigung in Verzug kommt (vgl. § 536a Abs. I BGB). Ein weiterer Nachteil ist zudem das Kündigungsrecht des Mieters, wenn die Mängel den Gebrauch beeinträchtigen sollten (vgl. § 543 Abs. II, Ziff. 1 BGB). Daraus folgt, dass der Vermieter grundsätzlich nicht den Abschluss eines kostenpflichtigen Pflegevertrages neben dem Mietvertrag verlangen kann, da er kostenlose Fehlerbeseitigung schuldet (vgl. LG Wuppertal vom 28.09.2001 – 11 O 94/01 in CR 2002, 7 f.). Von einem Mietvertrag ist also auszugehen, wenn und soweit nur ein vorübergehendes Gebrauchsrecht eingeräumt werden soll. Das heißt, wenn der Vertrag also eine befristete Laufzeit vorsieht. Ein Mietvertrag liegt auch dann vor, wenn das Recht besteht, das Gebrauchsrecht ordentlich zu kündigen.

A. Festlegung des Vertragsgegenstands

Hauptleistungspflichten des Vermieters sind zum einen, das Mietobjekt in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen, und zum anderen, während der Mietzeit diesen Zustand zu erhalten (vgl. § 536 BGB). Dementsprechend hat der Vermieter neben dem Programm auch regelmäßig eine entsprechende Dokumentation des Programms sowie ein Benutzerhandbuch zu übergeben. Neben der Übergabe schuldet der Vermieter die Erhaltung der Software. Das schließt auch die Pflicht zur Instandhaltung mit ein. Das kann bedeuten, dass der Vermieter verpflichtet ist, während der Mietzeit aktualisierte Programmversionen (z. B. Updates) zur Verfügung zu stellen. In diesem Zusammenhang ist es daher ratsam, die Aktualisierungspflicht vertraglich näher zu konkretisieren (z. B. Häufigkeit, Umfang etc.).

Ebenfalls ist es ratsam, den Vertragsgegenstand (sprich die Software) und den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch so genau wie möglich festzulegen. Denn so kann der Umfang der Aktualisierungspflicht und der Gewährleistungspflichten begrenzt werden. Eine Software, die im

Laufe der Zeit veraltet und irgendwann technisch überholt ist, jedoch noch funktioniert, ist nämlich nicht mangelhaft (vgl. OLG Karlsruhe 27.09.1993 17 U 57/93 in MJW – RR 1994, 953; OLG Stuttgart vom 18.03.1993 – 19 U 248/92 in NJW – RR 1994, 952).

B. Regelung der Mietdauer

Im Hinblick auf die Vertragslaufzeit sind viele Gestaltungsvarianten denkbar; von einer unbefristeten Laufzeit bis zu einer festen Mietzeit ist alles denkbar. Bei festen Vertragslaufzeiten von mehreren Jahren ist allerdings stets auch AGB-Recht zu beachten, wenn Vertragsklauseln formularmäßig verwendet werden. Danach sind im Verhältnis zu den jeweiligen Produktzyklen verhältnismäßig lange Vertraglaufzeiten problematisch, da sie den Mieter im Zweifel unangemessen benachteiligen. Da eine EDV-Anlage nach der Rechtsprechung nach sechseinhalb Jahren mit Sicherheit – jedenfalls in Teilen – als veraltet gilt (vgl. OLG Köln 21.01.1994 – 19 U 223/93 in NJW 1994 1483), können längere feste Laufzeiten problematisch, gegenüber Verbrauchern im schlimmsten Fall sogar unwirksam sein. Zudem trägt der Mieter bei längerfristigen Vertragslaufzeiten das Risiko der Veraltung der Software. Deshalb sollte er im Zweifel auf kürzere Vertragslaufzeiten gegebenenfalls mit Verlängerungsoption achten.

Ist keine feste Mietlaufzeit vereinbart, ist eine vernünftige Regelung zur ordentlichen Kündigung ratsam. Fehlt eine solche Regelung werden die Kündigungsfristen nämlich nach dem Gesetz (vgl. § 565 IV BGB) bestimmt, und diese Fristen sind in der Regel sehr kurz. Ist der Mietzins zum Beispiel nach längeren Zeitabschnitten als nach Tagen bemessen (was regelmäßig der Fall sein dürfte), so würde nach dem Gesetz eine Kündigung mit einer Frist von drei Tagen möglich (vgl. § 565 IV (2) BGB) sein. Dann müssten zwischen dem Kündigungstag und dem Kündigungstermin nur zwei Tage liegen.

Diese Fristen sind aber uneingeschränkt abdingbar, sodass es ratsam ist, für beide Seiten angemessene Kündigungsfristen zu vereinbaren. Auch hier ist selbstverständlich wieder AGB-Recht zu beachten. Sonderkündigungsrechte, zum Beispiel bei Zahlungsverzug oder bei Nichtgewährung des Gebrauchs, können nur sehr eingeschränkt vereinbart werden. Auch hier sind sämtliche Gestaltungsvarianten an den AGB-rechtlichen Vorschriften zu messen. Die Kündigung kann grundsätzlich formfrei ausgesprochen werden. Allerdings bietet es sich aus Beweisgründen an, für die Kündigung die Schriftform zu vereinbaren. Ebenfalls zu beachten ist, dass sich ein Mietverhältnis automatisch nach Ablauf einer Vertragslaufzeit auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn die Software nach Ablauf des Vertragsverhältnisses weiter benutzt wird und keine der Parteien innerhalb eines Zeitraums von zwei Wochen nach Ablauf der Mietzeit einen entgegengesetzten Willen erklärt (vgl. § 568 BGB). Diese Vorschrift ist aber dispositiv, sodass sie im Vertrag auch gegenüber Verbrauchern ausgeschlossen werden kann.

C. Festlegung des Mietzinses

Bei Festlegung des Mietzinses sollte beachtet werden, dass das Gesetz grundsätzlich davon ausgeht, dass alle Leistungen des Vermieters, die im Rahmen seiner Erhaltungspflicht zu erbringen sind, von der Mietzinszahlung abgedeckt werden. So kann der Mieter für die Erhaltung des Mietgegenstandes in der Regel keine zusätzliche Vergütung verlangen. Dies gilt selbstverständlich nicht für Nebenleistungen wie zum Beispiel Programmanpassungen, Mitarbeiterschulungen und so weiter. Dementsprechend ist es ratsam, auch hier Leistungen und Gegenleistungen genau zu definieren, damit es später nicht zu Problemen bei der Bestimmung des geschuldeten Leistungsumfangs und der Vergütungspflicht für Nebenleistungen kommt, die nicht Vertragsgegenstand sind.

Bei der Gestaltung des Mietzinses sind zahlreiche Möglichkeiten denkbar. Neben pauschalen (Einmal-) Vergütungen und abschnittsweise zu leistenden Mietzahlungen (z. B. monatliche Pauschalen) sind auch ein nutzungsabhängiger Mietzins (zeit- oder userabhängig) oder entsprechende Kombinationen der einzelnen Elemente denkbar. Dem Endverbraucher ist stets der Endpreis einschließlich der Umsatzsteuer zu nennen. Im B2B-Bereich sollte klar herausgestellt werden, ob der vereinbarte Mietzins netto oder zuzüglich der jeweils geltenden gesetzlichen Mehrwertsteuer zu verstehen ist, da Zweifel zu Lasten des Vermieters gehen könnten.

Die Pflicht zur Mietzinszahlung beginnt grundsätzlich mit der Überlassung der Software, fällig ist der Mietzins nach dem Gesetz allerdings erst am Ende der Mietzeit beziehungsweise nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte (vgl. § 579 Abs. I BGB). Diese Vorleistungspflicht des Vermieters ist aber vertraglich dahingehend modifizierbar, dass der Mietzins entsprechend vorab zu zahlen ist. Bei der Formulierung von Mietzinsanpassungsklauseln ist ebenfalls besondere Vorsicht geboten, da deren Wirksamkeit – insbesondere gegenüber Verbrauchern – nur in einem bestimmten Rahmen gegeben ist. In jedem Fall muss dem Mieter bei Erhöhung eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit eingeräumt werden. Ebenfalls ist dem Mieter ein Recht zur Herabsetzung des Mietzinses zuzubilligen, falls sich die Kosten des Vermieters senken sollten. So ist auszuschließen, dass der Mieter bei einem nur einseitigen Recht zur Preiserhöhung durch den Vermieter unangemessen benachteiligt wird.

Sind Sanktionen für den Verzug von Mietzahlungen vorgesehen, sind auch diese Klauseln an dem AGB-Recht zu messen. Dies gilt nicht nur für die Höhe der Verzugszinsen, sondern auch für die Folgen des Zahlungsverzuges. Sollte die zu vermietende Software eine entsprechende Aktivierung und/oder eine Programmsperre bei Nichtzahlung des Mietzinses vorsehen, so ist auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinzuweisen, damit diese Maßnahmen den Mieter nicht überraschen und damit unwirksam werden und den Vermieter gegebenenfalls sogar zum Schadensersatz verpflichten.

D. Lizenzumfang

Aufgrund der relativ leichten Möglichkeit, Software zu kopieren oder mehrfach einzusetzen, ist das Interesse des Vermieters, die Nutzungsmöglichkeiten der Software auf das vertraglich unbedingt Erforderliche zu reduzieren, verhältnismäßig hoch. Dementsprechend macht es Sinn, die Zulässigkeit der Nutzung auf den vertraglich vereinbarten Zweck zu begrenzen. Ratsam sind in diesem Zusammenhang (zulässig) formulierte Vervielfältigungsverbote, Verbote der zeitgleichen Mehrfachnutzung, Verbote der Weitergabe oder Nutzung durch Dritte und Dekompilierungsverbote. Hier ist zu beachten, dass zum Beispiel absolute Kopierverbote unzulässig sind und zudem das Urheberrecht den Rahmen der möglichen Vertragsgestaltung einschränkt.

So kann der Rechteinhaber zum Beispiel Vervielfältigungen nicht untersagen, die zur bestimmungsgemäßen Nutzung notwendig sind (vgl. § 69d Abs. I UrhG). Genauso kann er auch Nutzungen nicht untersagen, die geboten sind, zum Beispiel Sicherungskopien zu erstellen

(§ 69d Abs. II UrhG). Ebenso wenig kann die Dekompilierung zur Herstellung der Interoperabilität mit anderen Systemen verboten werden. Allerdings sollte hier dem Mieter die Pflicht zur Information auferlegt werden. Damit bleibt dem Vermieter nämlich die Möglichkeit, die Interoperabilität selbst herzustellen, ohne den Quellcode offen legen beziehungsweise dem Mieter das Recht einräumen zu müssen, die Software selbst zu dekompilieren.

Es bestehen keine Bedenken, die Zahl der zulässigen Sicherungskopien vertraglich zu begrenzen. Ebenso zulässig dürften Klauseln sein, die für den Fall der Erstellung von Sicherungskopien sachlich gerechtfertigte Informationspflichten des Mieters vorsehen. Die vertragliche Begrenzung des Nutzungswechsels auf bestimmte Rechnereinheiten ist problematisch. Die in diesem Zusammenhang gebräuchlichen „CPU-Klauseln" sind urheberrechtlich höchst umstritten, entfalten aber wohl nach überwiegender Auffassung zumindest eine schuldrechtliche Wirkung, mit der Folge des Schadensersatzes bei schuldhafter Verletzung. Eine CPU-Klausel dürfte aber wohl zulässig sein, wenn die Software zusammen mit der Hardware als Komplettsystem vermietet wird. Soll die Software auf mehreren Arbeitsplätzen eingesetzt werden, so bietet sich eine Mehrfachlizenz an, die vertraglich entsprechend zu formulieren ist.

E. Gewährleistung und Updates

Nach dem gesetzlichen Leitbild ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Software für die Dauer der Mietzeit zu gewähren und in einem vertragsgemäßen Zustand zu halten. Bei Auftreten von Mängeln hat der Mieter folgende Rechte: Er hat einen Anspruch auf Mängelbeseitigung (vgl. 535 Abs. I BGB), Befreiung von der Pflicht zur Mietzinszahlung kraft Gesetz (536 Abs. I BGB), Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und zwar:

- verschuldensunabhängig bei einem anfänglichen Mangel (vgl. § 536a Abs. I Satz 1, 1. Alt. BGB),
- verschuldensabhängig bei späterer Entstehung des Mangels (vgl. 536a Abs. I Satz 1, 2. Alternative BGB),
- bei Verzug mit der Mängelbeseitigung (vgl. 536a Abs. I Satz 1, 3. Alternative BGB).

Im Falle des Verzuges hat er Anspruch auf Aufwandsersatz bei Selbstbeseitigung (vgl. § 539 BGB) sowie das Recht zur fristlosen Kündigung bei fruchtloser Frist zur Abhilfe des Mangels (vgl. § 543 Abs. I BGB). Damit ist die Haftung des Vermieters wesentlich schärfer als die des Verkäufers. Dementsprechend groß ist das Interesse, die Gewährleistungsrechte zu modifizieren. Hier macht es Sinn, für die Gewährleistung entsprechende Reaktionszeiten zu vereinbaren, die der Vermieter auch tatsächlich sicherstellen kann.

Einen Austausch einer mangelhaften Software zum Zwecke der Mängelbeseitigung ist grundsätzlich nur mit Zustimmung des Mieters möglich, da der Austausch einer Software erhebliche Nachteile für den Mieter mit sich bringen kann, insbesondere wenn die Software inzwischen in einer aktuelleren Version vorliegt. Der Mieter ist berechtigt, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache vorenthalten wird (vgl. § 543 Abs. I BGB). Hier ist dringend eine Modifikation dahingehend zu empfehlen, dass die Kündigung nur dann zulässig ist, wenn dem Vermieter ausreichend Gelegenheit zur Mängelbeseitigung gegeben wurde und die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen ist. Grundsätzlich besteht keine Pflicht des Vermieters, neue Programmversionen zu liefern, da er grundsätzlich nur verpflichtet ist, die Software auf dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden technischen Stand zu halten. Programme, die zwischenzeitlich veraltet oder technisch überholt sind, jedoch noch funktionieren, sind demgemäß auch nicht mangelhaft (vgl. OLG Karlsruhe 29.09.1993 – 17 U 57/93, NJW-RR 1994, 953; OLG Stuttgart 18.03.1993 – 19 U 248/92, NJW-RR 1994, 952).

Den Vermieter trifft aber während der Mietzeit die Pflicht zur Erhaltung, die – wie bereits dargestellt – auch die Pflicht zur Instandhaltung beinhaltet. Aufgrund dieser Instandhaltungspflicht wird vielfach diskutiert, dass zu Lasten des Vermieters eine Pflicht bestehen könnte, bei fortschreitenden Innovationen zur Lieferung von aktuellen Programmversionen beziehungsweise Updates verpflichtet zu sein. Dementsprechend ist es ratsam, vertraglich zu regeln, in welchem Umfang der Vermieter zur Lieferung von Updates und Programmaktualisierungen verpflichtet ist. Entscheidend ist, dass der Vermieter für die Erfüllung seiner Erhaltungspflicht keine gesonderte Vergütung verlangen kann.

F. Gewährleistung und Support

Ist die Instandhaltungspflicht eine Frage der Erhaltungspflicht, so betrifft die Instandsetzungspflicht die Frage der Gewährleistung. Wie bereits dargestellt, treffen den Vermieter umfassende Gewährleistungspflichten. Da auch gegenüber einem Unternehmer die Gestaltungsmöglichkeiten begrenzt sind, sollte bei der Gestaltung der Vertragsregelung über die Gewährleistung größtmögliche Sorgfalt verwandt werden. Der Vermieter ist verpflichtet, Mängel an der überlassenen Software zu beheben. Dabei ist es ratsam, entsprechende Reaktionszeiten – die vom Vermieter auch eingehalten werden können – zu vereinbaren, um dem Vermieter ausreichend Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben.

Eine Kündigung des Mieters wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauches gemäß § 543 Abs. II, Ziff. 1 BGB sollte vertraglich erst zulässig sein, wenn die Mängelbeseitigungsversuche des Vermieters fehlgeschlagen sind. Bei den Reaktionszeiten wird üblicherweise darauf abgestellt, bis wann der Vermieter mit der Fehlersuche und -beseitigung zu beginnen hat. Sollte der Vermieter als zusätzlichen Service auch eine Reaktionszeit außerhalb der üblichen Geschäftszeiten anbieten, so sollte eine entsprechende Vergütung für die Zusatzleistungen gleich mit vereinbart werden, wenn diese gewünscht wird. Ein Verweis auf die dann „jeweils geltenden Vergütungssätze" ist dabei auch im B2B-Bereich wegen der Unbestimmtheit sehr problematisch. Bei der Fehlerbehebung durch Fernwartung ist zu beachten, dass der Mieter vor Zugriff informiert und dessen Zustimmung eingeholt werden muss.

Sollte der Mieter ein besonderes Sicherheitsinteresse oder besondere Anforderungen an die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften stellen, so sollte der Vermieter mit einer entsprechenden Klausel für Klarstellung und Klärung sorgen. Eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte durch individualvertragliche Vereinbarungen ist im B2B-Bereich nach Treu und Glauben möglich (vgl. BGH 20.06.1984 – VII ZR 337/82 in NJW 1984, 2404 (2405)). Gleiches gilt für den individualvertraglich vereinbarten Ausschluss des Minderungsrechts oder des Rechts zur außerordentlichen Kündigung. Bei einem formularmäßigen Ausschluss (entweder durch AGB oder durch entsprechend vorformulierte Vertragsdokumente) ist eine Begrenzung beziehungsweise ein Ausschluss von Gewährleistungsrechten im kaufmännischen Verkehr nur in den seltensten Fällen möglich, im nichtkaufmännischen Verkehr so gut wie ausgeschlossen.

Auch hier empfiehlt es sich dringend, jede einzelne Formulierung vor Verwendung dezidiert auf deren Wirksamkeit zu überprüfen.

G. Haftungsbeschränkung

Da die Klauseln zur Haftungsbeschränkung in der Regel nicht individuell ausgehandelt, sondern formularvertraglich vorformuliert werden, unterliegen solche Klauseln auch der vollen AGB-rechtlichen Kontrolle. Bei der Formulierung entsprechender Haftungsbeschränkungen ist deshalb ebenfalls größte Sorgfalt walten zu lassen. Denkbar sind Haftungsbegrenzungen auf bestimmte Höchstbeträge, Haftungsausschlüsse für anfängliche Fehler (vgl. § 536a Abs. I, 1. Alt. BGB) und Haftungsschlüsse für leichte Fahrlässigkeit. Da die Schadensersatzpflicht des Vermieters bei anfänglichen Mängeln besteht, ohne dass es auf ein Verschulden ankommt (vgl. § 536a Abs. I, 1. Alt. BGB), ist bei der Formulierung von Vertragsklauseln, die diese Garantiehaftung des Vermieters begrenzen sollen, allergrößte Vorsicht geboten. Zu beachten ist insbesondere, dass eine Haftungsbeschränkung und/oder ein Haftungsausschluss ausgeschlossen ist, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wurde (vgl. § 536d BGB).

Bei der Formulierung von Klauseln zur Haftungsbegrenzung und/oder zum Haftungsausschluss ist ebenfalls zu beachten, dass der Ausschluss von Ansprüchen, die sich aus Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ergeben, auch im B2B-Bereich formularmäßig nicht möglich ist. Gleiches gilt für den Ausschluss der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit und für die Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht (einer sog. Kardinalspflicht). Ebenso ist ein Haftungsausschluss nach dem Produkthaftungsgesetz auch im B2B-Bereich formularmäßig nicht möglich.

H. Typische Fehler in der Vertragsgestaltung

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die meisten Fehler in der Vertragsgestaltung gemacht werden, wenn von den Parteien Formulierungen gewählt oder aus anderen Verträgen (z. B. aus Vorlagen, die im Internet gefunden wurden) übernommen werden, die auf den konkreten Sachverhalt nicht passen, nur weil es sich „juristisch“ anhört. So finden sich neben unwirksamen Formulierungen zu Haftungs- und/oder Gewährleistungsausschlüssen auch oft Formulierungen wie zum Beispiel „Es gilt die salvatorische Klausel“, „Sämtliche Rechte verbleiben beim Vermieter“ oder „Die geschuldete Miete richtet sich nach den jeweils gültigen Mietpreisen des Vermieters“. Abgesehen von solchen krassen „Formulierungsschnitzern“ passieren die meisten Fehler, wenn die Parteien versuchen, den von ihnen gewollten Vertragsinhalt „juristisch“ auszudrücken.

Wenn Vertragsparteien Verträge ohne juristischen Fachverstand entwickeln, erzielen sie stets dann die besten Vertragsergebnisse, wenn sie mit ihren eigenen Worten formulieren, was Vertragsgegenstand und was Leistung und Gegenleistung sein sollen. Gerade bei der Formulierung des Vertragsgegenstands ist besondere Sorgfalt an den Tag zu legen, da sich insbesondere die Gewährleistungspflicht danach richtet. Bringen die Parteien den gewollten Vertragsinhalt mit einfachen, verständlichen und vor allen „unjuristischen“ Klauseln zu Papier, versteht auch ein unbeteiligter „Dritter“ (z. B. ein Richter), was die Parteien tatsächlich vereinbaren wollten. Erfahrungsgemäß gibt es so hinterher im Streitfall weniger Schwierigkeiten, als wenn die Parteien sich einen gut klingenden, aber nicht passenden Vertrag aus dem Internet geladen oder vermeintlich juristisch richtig klingende Begriffe verwendet haben, die in der juristischen Wirklichkeit tatsächlich aber eine konträre Bedeutung haben.

Wird ein Vertragsinhalt tatsächlich individuell ausgehandelt, so sollte dieser „Aushandlungsprozess“ auch genauestens protokolliert werden (z. B. durch Bestätigungsschreiben/-E-Mails, Gesprächsprotokolle etc.), damit in einem möglichen Streit über die Wirksamkeit bestimmter vertraglicher Klauseln dargelegt werden kann, dass es sich nicht um formularmäßig verwendete Klauseln, sondern um eine individuell vereinbarte Abrede handelt. Bei individuellen Vereinbarungen ist der Gestaltungsspielraum um ein Vielfaches größer als bei vorformulierten Vertragsklauseln.

II. Leasing als Sonderform des Vertragstypus „Miete“

Bei der Vertragsform „Leasing“ handelt es sich um eine Sonderform des Vertragstypus der Miete. Obwohl es im Gesetz keine expliziten Vorschriften für das Leasing gibt, kann man wohl mittlerweile von einem eigenständigen Vertragstyp sprechen. An einem Leasinggeschäft sind in der Regel drei Parteien beteiligt, der Leasinggeber, der Leasingnehmer sowie der Verkäufer beziehungsweise Lieferant der Software. Der Leasinggeber erwirbt den Leasinggegenstand beziehungsweise die Leasingsoftware von einem Lieferanten und vermietet den Gegenstand beziehungsweise die Software dann an den Leasingnehmer weiter. Dabei schließt der Leasinggeber in der Regel seine Gewährleistungspflichten aus und verweist stattdessen den Leasingnehmer auf seine eigenen Gewährleistungsansprüche, die er (der Leasinggeber) gegenüber dem Lieferanten hat. Aufgrund dieser vertraglichen Verpflichtung hat sich der Leasingnehmer direkt an den Lieferanten zu halten, während Ansprüche gegen den Leasinggeber zunächst ausgeschlossen sind.

Die mietrechtliche Eigenhaftung des Leasinggebers lebt aber in der Regel wieder auf, wenn sich die Haftungsfreizeichnung als unwirksam erweisen sollte (vgl. BGH v. 17.12.1986 – VIII ZR 279/85 in ZR 987, 423, 425; BGH v. 27.04.1988 – VIII ZR 84/87 in ZR 988, 656, 659). Von den zahlreichen Ausgestaltungen ist die Form des Finanzierungsleasings wohl die gebräuchlichste. Auf diese Verträge wird auch in erster Linie das Mietrecht Anwendung finden (vgl. BGH v. 02.11.1988 – VIII ZR 121/88 in NJW 1989, 460, 461), allerdings nur subsidiär, da die Finanzierungspflicht des Leasinggebers im Vordergrund steht (vgl. BGH v. 24.05.1995 – XII ZR 172/94 in NJW 1995, 2034, 2035; BGH v. 04.07.1990 – VIII ZR 288/89 in NJW 1990, 3016,3017). Für die Charakteristik des Vertrages ist dessen Bezeichnung daher nicht von entscheidender Bedeutung, vielmehr kommt es darauf an, was die Parteien im Einzelfall vereinbart haben.

Bei dem Finanzierungsleasingvertrag handelt es sich in der Regel um ein Dreiecksgeschäft, bei dem der Leasinggeber dem Leasingnehmer den Leasinggegenstand, zum Beispiel die Software, gegen ein in Raten zu zahlendes Entgelt zum Gebrauch überlässt. Dabei liegt die Haftung für Instandhaltung und Sachmängelgewährleistung allein beim Leasingnehmer. Und auch die Gefahr des Untergangs sowie der Beschädigung des Leasinggegenstandes betrifft allein den Leasingnehmer (vgl. BGH in NJW 1998, 1637, 1638). Der Leasinggeber überträgt dem Leasingnehmer im Gegenzug dazu seine Gewährleistungsrechte gegenüber Dritten, zum Beispiel gegenüber dem Hersteller und/oder Lieferanten. Das Risiko der verschuldensunabhängigen, insbesondere zufälligen Wertminderung, Verschlechterung oder der Störung der Sache wird in der

Regel zulässigerweise auf den Leasingnehmer übertragen (vgl. BGH in BGHZ 71, 196 und BGH in NJW 1988, 198), wobei der Leasingnehmer zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet bleibt.

Von den vielfältigen Ausprägungen der Leasinggeschäfte sind wohl die Varianten des Finanzierungs- und des Operatingleasings die, die am häufigsten vorkommen. Vom Finanzierungsleasing spricht man, wenn der Leasingnehmer durch Zahlung seiner Leasingraten den Kaufpreis zuzüglich aller Kosten, Zinsen, dem Kreditrisiko und dem Gewinn des Leasinggebers vergütet und so die Vollamortisation im Vordergrund steht. Das Finanzierungsleasing setzt eine längere feste Vertragslaufzeit voraus. Diese beträgt in der Regel zwei bis sieben Jahre beziehungsweise 40 bis 90 Prozent der steuerrechtlichen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer.

Steuerrechtlich gelten bei Vollamortisationsverträgen (d. h. bei Verträgen, bei denen der Leasinggeber während der unkündbaren Grundmietzeit seine Investitionskosten vollständig über die Leasingraten ersetzt bekommt) die Regelung des BMF-Schreibens vom 21. März 1972 (vgl. BStBl. I S. 188) und die entsprechenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder. Außerdem gelten hier die Regelungen des BMF-Schreibens vom 19. April 1971 (vgl. BStBl. I S. 264) sowie die entsprechenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder. Für Teilamortisationsverträge (d. h. Verträge, bei denen durch die Leasingraten während der Grundmietzeit die Investitionskosten nur zum Teil gedeckt werden) gelten die Regelungen des BMF-Schreibens vom 23. Dezember 1991 (vgl. BStBl. 1992 I S. 13) und die entsprechenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder. Zudem gelten hier die Regelung des BMF-Schreibens vom 20. Dezember 1975 (Nr. IV B2-S2170-161/75) sowie die entsprechenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder.

Bei dem so genannten Operatingleasing will der Leasinggeber die Vollamortisation durch mehrfaches Überlassen des Leasinggegenstandes an verschiedene Leasingnehmer erreichen (vgl. BGH in NJW 2003, 505 f.). Bei dieser Art des Leasings steht die Gebrauchsüberlassung im Vordergrund, da die Leasingzeit entweder von vornherein kurz bemessen ist, auf unbestimmte Zeit vereinbart wird oder dem Leasingnehmer eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit eingeräumt wird. Solche Verträge sind nach den mietrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Steuerrechtlich gelten für die Bilanzierung von Leasingverträgen entsprechende Unterschiede. Hat ein Leasingvertrag wirtschaftlich den Charakter eines Finanzierungsgeschäftes, im Sinne eines formalen Ratenkaufs unter Eigentumsvorbehalt, und steht also die Vollamortisation im Vordergrund, so ist das wirtschaftliche Eigentum am Leasinggegenstand in der Regel dem Leasingnehmer zuzurechnen. Dieser hat den Gegenstand in der Bilanz dann zu aktivieren und muss in gleicher Höhe eine entsprechende Verbindlichkeit in seiner Bilanz aufnehmen, die durch einen Teil der Leasingraten im Verlauf der Grundmietzeit getilgt wird. Beim Leasinggeber sind die Raten in einen Zins-, Kosten- sowie einen Tilgungsanteil aufzuspalten. Die geleisteten Tilgungsanteile werden dann erfolgsneutral von der Leasingverbindlichkeit abgesetzt, sodass sie am Ende der Grundmietzeit voll getilgt ist (vgl. BMF-Schreiben vom 19.04.1971, BStBl. I 1991, 264).

Steht bei dem Leasingvertrag die Gebrauchsüberlassung im Vordergrund, ohne dass der Vertrag auf die Verschaffung des wirtschaftlichen Eigentums gerichtet ist (z. B. durch eine Kaufoption am Ende), hat der Leasinggeber den Leasinggegenstand in seinem Jahresabschluss zu aktivieren. Eine Bilanzierungspflicht für den Leasingnehmer besteht regelmäßig nicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich Leistung und Gegenleistung aus dem Leasingvertrag nicht mehr in gleicher Höhe gegenüber stehen und danach eine Rückstellung für Verluste aus schwebenden Geschäften handelsrechtlich zu passivieren ist. Steuerrechtlich darf eine Drohverlustrückstellung aber nicht gebildet werden (vgl. § 5 Abs. 4 EStG). Ein Leasinggeschäft bietet sich aus der Sicht des Leasingnehmers dann an, wenn zur Zeit des Leasinggeschäfts eine Erleichterung der Finanzierung erzielt werden kann und die Leasingraten als sofort abziehbarer Aufwand steuerrechtlich wirksam berücksichtigt werden können. Dementsprechend ist aus steuerrechtlicher Sicht genau zu prüfen, dass dieses Ergebnis der sofortigen Abzugsfähigkeit nicht durch die vertragliche Gestaltung (möglicherweise sogar ungewollt) vereitelt wird. Handelt es sich eher um ein Abzahlungsgeschäft, so kann dies zu einer bilanzwirksamen Aktivierungspflicht führen.

Sind Verbraucher an einem Leasinggeschäft beteiligt, ist zu beachten, dass mittlerweile die in den Verbraucherschutzvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes vorhandenen Regelungen auf alle Finanzierungshilfen unabdingbar erstreckt wurden. Finanzierungsleasingverträge sind dabei im Gesetz ausführlich genannt worden (vgl. §§ 499, 500 BGB), wenngleich bestimmte Vorschriften für den Verbraucherdarlehensvertrag, die nicht auf Finanzierungsleasingverträge passen, von der Anwendung ausgenommen wurden (vgl. § 500 BGB).

Bei der Gestaltung von Leasingverträgen ist es demnach elementar wichtig, den Zweck, den die Parteien mit dem Geschäft erreichen wollen, genau zu definieren. Daran orientiert sich auch die Ausgestaltung der jeweiligen vertraglichen Klauseln. Aufgrund der Komplexität und der verschiedensten Interessenlagen ist es schwierig, allgemeingültige Aussagen bezüglich einzelner Klauseln zu treffen. Grundsätzlich kann aber festgehalten werden, dass höchstmögliche Sorgfalt bei der Gestaltung der vertraglichen Grundlage an den Tag zu legen ist, um den von den Parteien gewollten Zweck nicht zu gefährden.

Wie bereits gezeigt werden Softwareverträge überwiegend den kauf- beziehungsweise mietrechtlichen Vorschriften unterworfen, da insbesondere bei der Rechtsprechung noch der Gedanke vorherrscht, dass die Software auf einem Datenträger übergehen wird und damit auch als Sache zu qualifizieren ist. In der Praxis werden Softwareüberlassungsverträge immer wieder als „Lizenzvereinbarungen“ bezeichnet, ohne dass es zwischen den Parteien auch zu einer tatsächlichen Überlassung einer „echten“ Lizenz im Rahmen eines Dauerverschuldverhältnisses kommt. Als Lizenzvereinbarung ist in der Regel nämlich ein Dauerschuldverhältnis zu verstehen, bei dem die wirtschaftliche Ausbeutung eines Immaterialgüterrechts, eines gewerblichen Schutzrechtes (insbesondere eines Patentes, einer Marke oder eines Gebrauchsmusters), einer Erfindung, eines bestimmten Wissens (Know-hows) oder eines Geheimnisses erlaubt wird (vgl. Karge in Handbuch der IT-Verträge, BD. I, Köln 2005, Kapitel 1.9 Rdz. 19). Solche unmittelbare wirtschaftliche Ausnutzung des Know-hows findet regelmäßig gerade nicht statt, sondern es wird lediglich die Funktionsweise des Programms zur wirtschaftlichen Nutzung übertragen (vgl. Karge, a. a. O., Rdz. 20).

Neuerdings wird vertreten, dass es sich bei der Überlassung von Software vielmehr um eine Rechtspacht als um einen Kauf und/oder eine Miete handelt. Dies wird insbesondere damit

begründet, dass die Software überhaupt nicht mehr auf einem physischen Datenträger, sondern teilweise mittels eines Online-Downloads zur Verfügung gestellt wird. Da aber auch auf den Pachtvertrag die mietrechtlichen Vorschriften überwiegend Anwendung finden (vgl. § 581 Abs. II BGB), gelten die zum Mietvertrag herausgearbeiteten Grundsätze. Dabei gewährt ein Mietvertrag nur den Gebrauch, ein Pachtvertrag hingegen auch den Bezug der Früchte (vgl. § 99 BGB).

Besondere Vorsicht ist bei der Gestaltung von Verträgen bei internationalen Handelsbeziehungen geboten, da insbesondere im amerikanischen Rechtskreis die Software nicht unter den Sachbegriff gefasst wird. Diese teilweise elementaren Unterschiede führen in der Praxis bei den Vertragsparteien oft zu sehr schwer zu überbrückenden Gegensätzen. Auch hier ist es zwingend erforderlich, dass die Vertragsparteien sich über den Inhalt und den Zweck der Vereinbarung sorgfältig ins Vernehmen setzen, um nicht ungewollt rechtliche Probleme zu schaffen, die bei einer sorgfältigen Vertragsgestaltung hätten vermieden werden können.

Standardverträge und ihre AGB



Dr. Kai-Uwe Plath, LL.M.
Freshfields Bruckhaus Deringer

Ein Großteil der Vertragsschlüsse im IT-Bereich erfolgt auf der Grundlage vorformulierter Standardverträge. Soweit diese Standardverträge allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Sinne der §§ 307 ff. BGB darstellen, sind Haftungsbeschränkungen und sonstige Abweichungen von der gesetzlichen Rechtslage zu Gunsten des Verwenders nur in begrenztem Maße zulässig. Sowohl für die Verwender derartiger Standardverträge als auch für deren Vertragspartner ist es daher von besonderer Bedeutung, ob ein Vertrag dem AGB-Recht unterfällt oder nicht. Der nachfolgende Beitrag behandelt die Fragen, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag dem AGB-Recht unterfällt, welche Konsequenzen sich daraus ergeben und wie die AGB-Kontrolle gegebenenfalls umgangen werden kann.

I. Inhalt und Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

Nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in den AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders „unangemessen benachteiligen". Unwirksam sind zudem alle „überraschenden und mehrdeutigen" Klauseln, mit denen der Vertragspartner des Verwenders nicht zu rechnen braucht (vgl. § 305c BGB). Dieses Verbot benachteiligender und überraschender Klauseln schränkt den IT-Anbieter in seiner Vertragsfreiheit in erheblichem Maße ein, denn es betrifft eine Vielzahl der im IT-Bereich häufig verwendeten Vertragsklauseln, insbesondere in den Bereichen Haftung, Gewährleistung und Nutzungsbeschränkungen. Unwirksam sind danach zum Beispiel der pauschale Ausschluss der Haftung des Verwenders für grobe Fahrlässigkeit und/oder für Folgeschäden sowie die Freizeichnung von einer Haftung für lizenzierte Drittsoftware und sonstige Fremdprodukte sowie die von US-amerikanischen IT-Anbietern häufig angestrebte Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen auf wenige Wochen.

AGB sind gesetzlich definiert als „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt" (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Tatbestandsmerkmale sollen nachfolgend im Einzelnen untersucht werden.

A. Vorformulierte Vertragsbedingungen

In der Regel werden vorformulierte Vertragsbedingungen durch das Beifügen von allgemeinen Liefer-, Lizenz- oder Pflegebedingungen zu den Angeboten des IT-Anbieters gestellt. Meist werden diese Vertragsbedingungen so gestaltet, dass sie allgemein von dem Kunden oder Lizenznehmer sprechen, also nicht die konkreten Vertragspartner ausweisen und auch nicht unterschrieben werden. Diese spezifischen Vertragsinhalte werden dann in dem jeweiligen Angebot oder Leistungsschein aufgenommen. Nicht selten ist schon durch das Druckbild der – häufig zweispaltig gedruckten – AGB erkennbar, dass sie nicht spezifisch für den konkreten Sachverhalt erstellt worden sind. In derartigen Fällen ist es evident, dass es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt.

Indes müssen die Vertragsbedingungen keinesfalls dem industrietypischen Erscheinungsbild von Standardverträgen entsprechen, um dem AGB-Recht zu unterfallen. Als vorformuliert gelten vielmehr jegliche Vertragsbedingungen, die für eine mehrfache Verwendung schriftlich oder in sonstiger Form fixiert sind und zwar selbst dann, wenn die Bedingungen ausfüllungsbedürftige Leerräume enthalten, in denen der Name des Vertragspartners oder die Bezeichnung der Software einzufügen ist. Dies wird in der Praxis häufig übersehen.

B. Vielzahl von Verträgen

Ein vorformulierter Vertragstext unterliegt bereits dann der AGB-Kontrolle, wenn er nur ein einziges Mal verwendet wird, soweit der Verwender weitere Nutzungen beabsichtigt. Zwar muss der Text nach dem Gesetzeswortlaut „für eine Vielzahl von Verträgen" vorformuliert worden sein. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass tatsächlich eine Vielzahl von Verträgen mit diesen AGB abgeschlossen wird. Die reine Absicht der mehrfachen Verwendung genügt. Der BGH hat dieses Merkmal insoweit konkretisiert, als dass eine Absicht zur Verwendung in mindestens drei Fällen bestehen müsse, um von der Absicht der mehrfachen Verwendung ausgehen zu können. Bei IT-Standardverträgen wird sich aus dieser Einschränkung allerdings nur selten eine praktische Beschränkung ergeben.

Eine andere Frage ist freilich, wie sich die Absicht der mehrfachen Verwendung durch den Vertragspartner beweisen lässt, da für ihn häufig kaum ersichtlich sein wird, wie häufig der Verwender seine Vertragsbedingungen zum Einsatz gebracht hat oder zum Einsatz hat bringen wollen. In der Regel wird dieser Nachweis nur dann gut zu führen sein, wenn die Vertragsbedingungen als allgemeine Geschäftsbedingungen oder in ähnlicher Form gekennzeichnet sind oder sich aus dem Druckbild oder der Wahl der Formulierungen die Absicht der mehrfachen Verwendung ergibt.

C. Einbeziehen in den Vertrag

Die Vertragsbedingungen müssen wirksam in den Vertrag einbezogen werden, damit sie Vertragsbestandteil werden. Erforderlich dazu ist ein „ausdrücklicher Hinweis" auf deren Einbeziehung (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB) sowie die Möglichkeit der „zumutbaren Kenntnisnahme" durch den Vertragspartner (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Unproblematisch gegeben ist die Einbeziehung danach, wenn die AGB dem Vertragspartner gemeinsam mit dem Angebot unter Hinweis auf die Geltung der AGB übermittelt werden. Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn der Vertragspartner lediglich aufgefordert wird, die AGB bei dem Verwender einzusehen oder ihm angeboten wird, die AGB auf Verlangen zuzusenden. Verwender sollten also stets darauf achten, ihre AGB gemeinsam mit dem Angebot zu versenden und in dem Text des Angebots deutlich auf die Absicht der Einbeziehung hinzuweisen. Für die Einbeziehung ist weiter erforderlich, dass der Vertragspartner mit der Geltung der AGB einverstanden ist. Hieran fehlt es schon in zeitlicher Hinsicht, wenn die AGB erst nach Vertragsschluss beispielsweise mit der Rechnung übersandt oder der Ware beigefügt werden.

Weiterhin kann der Vertragspartner deutlich machen – wie es in der Praxis häufig der Fall ist –, dass er zwar den Vertrag als solchen abschließen will, jedoch nicht unter Einbeziehung der AGB des Verwenders. Kommt es auf dieser Grundlage zum Vertragsschluss, gelten allein die Regelungen des Angebots und ergänzend die gesetzlichen Bestimmungen. Eine weitere Möglichkeit des Vertragspartners besteht darin, statt auf der Einbeziehung der AGB des Verwenders auf seine eigenen AGB zu verweisen. Soweit die Parteien diesen Konflikt nicht auflösen und den Vertrag gleichwohl unterzeichnen – was durchaus nicht selten zu beobachten ist – gilt, dass die AGB beider Parteien nur insoweit Vertragsbestandteil werden, als sie übereinstimmen. Überholt ist damit die so genannte „Theorie des letzten Wortes", wonach die AGB desjenigen gelten, der zuletzt AGB gestellt hat, ohne dass diesen widersprochen wurde.

II. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die AGB-Kontrolle

Ein Verstoß gegen die AGB-Kontrolle führt nach ständiger Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel. Es findet also keine so genannte „geltungserhaltende Reduktion" statt, nach der die unwirksame Regelung auf das gerade noch zulässige Maß reduziert wird. Insbesondere ausländische Anbieter, die von einer aufwändigen Anpassung ihrer Standardverträge an lokale Besonderheiten absehen wollen, versuchen dieser Konsequenz häufig durch den Klauselzusatz „soweit gesetzlich zulässig" zu begegnen. Nach allgemeiner Ansicht ist ein solcher Hinweis jedoch nicht geeignet, eine Reduktion auf das gesetzlich zulässige Höchstmaß zu bewirken. Ist eine Klausel in den AGB unwirksam, betrifft dies den Vertrag beziehungsweise die AGB im Übrigen nicht (§ 306 BGB). Stattdessen treten an die Stelle der unwirksamen Klausel die gesetzlichen Bestimmungen, was allerdings dazu führt, dass zum Beispiel im Falle einer unwirksamen Haftungsbegrenzung die gesetzliche Haftung in unbegrenzter Höhe eintritt.

Bei der Erstellung neuer Standardverträge sollte sich der IT-Anbieter daher mit seinen juristischen Beratern darüber abstimmen, welchen Ansatz er bei deren Formulierung verfolgten möchte: Einerseits können die AGB in der Weise gestaltet werden, dass sie möglichst der einschlägigen Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle entsprechen. Dieser Ansatz bietet den Vorteil, dass sich der Anbieter weitestgehend auf die Durchsetzbarkeit seiner Bedingungen im Konfliktfall verlassen kann. Andererseits besteht die Option, möglichst weitreichende Regelungen zu den eigenen Gunsten in den AGB aufzunehmen, die – gegebenenfalls ganz bewusst – die Schwelle der noch zulässigen Regelungen überschreiten. Bei diesem Ansatz hat der Verwender darauf zu vertrauen, dass der andere Vertragspartner es nicht darauf ankommen lassen wird, die mögliche Unwirksamkeit der Vertragsklauseln gerichtlich überprüfen zu lassen.

III. Umgehung der AGB-Kontrolle

Keine AGB liegen vor, „soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind" (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Der Verwender ist damit dem Konflikt ausgesetzt, dass er seinen Standardvertrag einerseits möglichst unverändert durchsetzen möchte, andererseits aber der AGB-Kontrolle nur dann entgehen kann, wenn er die einzelnen Vertragsbedingungen verhandelt. Die für den IT-Anbieter entscheidende Frage lautet daher, welches Mindestmaß an Verhandlung erforderlich ist, damit seine Vertragsbedingungen als „ausgehandelt" im Sinne des § 305 BGB gelten. An den Begriff des „Aushandelns" sind hohe Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Kommunikation zwischen den Vertragspartnern mit der selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflussnahme beider Vertragsparteien, kurz gesagt also eine „echte Verhandlung". Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, dass so genannte Bestätigungsklauseln etwa in der Form, dass der Kunde mit seiner Unterschrift erklärt, die Bedingungen dieses Vertrages im Einzelnen ausgehandelt zu haben, nicht dazu geeignet sind,

eine Verhandlung wirksam zu fingieren. Dringend abzuraten ist weiterhin von der Verwendung des in Verhandlungen häufig vorgebrachten Arguments, eine Klausel könne aufgrund interner Konzernvorgaben per se nicht zur Disposition gestellt werden. Auf diese Weise schneidet sich der Verwender jegliche Möglichkeit ab, die betreffende Klausel der AGB-Kontrolle zu entziehen. Die verbleibenden Optionen möglicher Auswege aus der AGB-Kontrolle sollen nachfolgend dargestellt werden.

A. Anzeige der Verhandlungsbereitschaft

Für die Verwender von Standardverträgen, die den Zwängen der AGB-Kontrolle entgehen wollen, stellt sich bisweilen das Problem, dass ihre Vertragspartner meinen, die AGB des Verwenders seien ohnehin nicht zur Disposition gestellt. In diesem Fall sollte der Verwender ausdrücklich auf die Verhandelbarkeit der AGB hinweisen, denn es ist anerkannt, dass eine gegenüber dem Kunden ernsthaft geäußerte Änderungsbereitschaft Indizwirkung für ein Aushandeln der AGB entfalten kann. Dazu reicht es allerdings nicht aus, wenn diese Änderungsbereitschaft lediglich formularmäßig im Rahmen des Standardvertrages erklärt wird. Auch ist unsicher, ob die erhoffte Indizwirkung bereits dadurch begründet werden kann, dass die AGB dem Kunden mit der Bitte um Früfung und um Änderungsvorschläge übersandt werden. Gegen die tatsächliche Änderungsbereitschaft des Verwenders spricht es schließlich, wenn sich die erklärte Bereitschaft lediglich pauschal auf ein längeres Vertragswerk bezieht. Der Verwender sollte daher die zur Disposition gestellten Klauseln konkret benennen und dem Kunden im Rahmen von Gesprächen beziehungsweise eines gesonderten Anschreibens seine diesbezüglichen Interessen verdeutlichen.

B. Verhandlung einzelner Vertragsbestandteile

Manche Anbieter versuchen, der AGB-Kontrolle in der Weise zu entgehen, dass sie lediglich die für ihn als weniger bedeutsam erachteten Klauseln eines Vertrages zur Disposition zu stellen, um auf diese Weise den Gesamtvertrag der AGB-Kontrolle zu entziehen. Als „im Einzelnen ausgehandelt" gelten indes nur diejenigen Klauseln, die tatsächlich Gegenstand der Verhandlung waren. Eine nach AGB-Recht unwirksame Haftungsklausel gilt also nicht etwa schon deshalb als ausgehandelt, weil die Parteien beispielsweise über die Frage der Vertraulichkeit verhandelt haben. Gleichwohl ist anerkannt, dass die Änderung eines Standardvertrages an mehreren zentralen Stellen ein Indiz dafür bilden kann, dass der Vertrag insgesamt verhandelt worden ist. Aus Sicht des Verwenders kann es daher sinnvoll sein, den Vertragspartner zu möglichst umfangreichen Änderungen der für weniger wichtig erachteten Klauseln zu animieren, um ein Indiz für eine Verhandlung des gesamten Vertrages zu schaffen.

In der Praxis sind weiterhin gelegentlich Versuche zu beobachten, die AGB-Kontrolle durch ergänzungsbedürftige Vertragsmuster auszuhebeln. Bei der rechtlichen Beurteilung dieser Methode wird vornehmlich auf die Wesentlichkeit der Ergänzung abgestellt. Während so genannte unselbstständige Ergänzungen (etwa Festlegung des Beginns der Vertragslaufzeit) den AGB-Charakter der Regelung unberührt lassen sollen, stehen die Chancen besser, soweit die Ergänzungen den wesentlichen Inhalt der Klausel festlegen oder ergänzen. Für ein Aushandeln spricht dabei insbesondere, wenn der Kunde die Möglichkeit erhält, eine von ihm selbst formulierte Bedingung in den Vertrag einzufügen, ohne dass vom Verwender formulierte Entscheidungsvorschläge unterbreitet werden. Freilich eignet sich dieser Mechanismus lediglich für bestimmte Regelungsbereiche, wie etwa die Festlegung der Vertragslaufzeit, da es der IT-Anbieter kaum der freien Entscheidung des Kunden überlassen wird, Fragen der Haftung oder Gewährleistung nach eigenem Ermessen selbstständig zu regeln.

C. Planmäßiges Entgegenkommen

Nach überwiegender Ansicht soll die AGB-Kontrolle auch nicht im Wege eines „planmäßigen Entgegenkommens" umgangen werden können. Gemeint ist der Fall, dass der Verwender dem Kunden eine inakzeptable Klausel unterbreitet und damit deren Ablehnung provoziert, nur um sodann – als scheinbares Entgegenkommen – eine bereits in der Hinterhand gehaltene Klausel zu präsentieren, die jedoch immer noch hinter dem zulässigen AGB-Standard zurückbleibt. Dieser Fall wäre zum Beispiel gegeben, wenn ein Softwarehaus in seinen AGB einen vollständigen Ausschluss jeglicher Gewährleistung vorsieht, nur um dann im Rahmen der so provozierten „Verhandlungen" eine – nach dem AGB-Recht unwirksame – Gewährleistung von sechs Monaten anzubieten. Diesem Vorgehen wird die beabsichtigte Wirkung abgesprochen. Als Begründung für die Unwirksamkeit gilt, dass auch die planmäßig nachgereichte Klausel eine vorformulierte Bedingung darstellt, die mithin an dem AGB-Recht zu messen ist.

D. Einräumung von Wahlmöglichkeiten

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH kann eine vorformulierte Vertragsbedingung als ausgehandelt anzusehen sein, „wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anbietet, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl hat" (BGH Urt. v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, NJW 2003, 1313). Konkret ging es in dieser Entscheidung um die Zulässigkeit einer formularmäßig vorgegebenen Vertragslaufzeit. Ob und inwieweit sich diese Rechtsprechung auf andere Regelungsbereiche übertragen lässt, ist noch nicht abschließend geklärt. Diese Frage wird hinsichtlich einer Haftungsbegrenzung im BGH Urt. v. 12. Mai 1980 – VII ZR 166/79, BGHZ 77,126 offen gelassen. Allerdings sind keine zwingenden Argumente ersichtlich, die einer solchen Ausweitung per se entgegenstehen würden.

Leider geht aus der Entscheidung nicht eindeutig hervor, ob es zur Aushebelung der AGB-Kontrolle ausreichen kann, wenn der Verwender lediglich zwei konkrete Varianten (etwa eine Laufzeit von fünf oder zehn Jahren) zur Wahl stellt. Die Entscheidung lässt nämlich auch die Auslegung zu, dass allenfalls der äußere Rahmen möglicher Alternativen vorgegeben werden darf (im obigen Beispiel also eine Laufzeit zwischen fünf und zehn Jahren). Letztlich wird es auch insoweit wiederum auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Dabei werden die Erfolgschancen aus Verwendersicht sicherlich erhöht, wenn dem Kunden eine möglichst freie Wahlmöglichkeit eingeräumt wird. Für die praktische Durchführbarkeit dieser Lösung ist es natürlich von entscheidender Bedeutung, ob die Gewährung günstigerer Konditionen an ein höheres Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung gekoppelt werden kann. Hierzu hat der BGH in seiner Entscheidung zur Vertragslaufzeit nunmehr ausdrücklich festgestellt, dass es dem Aushandeln grundsätzlich nicht entgegensteht, wenn die für den Kunden günstigere Angebotsvariante mit einem höheren Entgelt verbunden wird. Zu beachten ist allerdings, dass das pauschale Angebot von „ungünstigen" AGB zum billigen Preis und „günstigen" AGB zum hohen Preis nach allgemeiner Ansicht nicht ohne weiteres ein Aushandeln begründet. Gefordert wird vielmehr ein „sachlich berechtigtes Interesse" des Verwenders an dem Einsatz dieses Instruments, das für die betroffenen Klauseln jeweils konkret festzustellen ist.

E. Beweislastfragen
Die Beweislast dafür, dass der Vertrag die Voraussetzungen der AGB-Definition erfüllt, liegt grundsätzlich beim Kunden. Er muss also beweisen, dass die dem Vertragsschluss zugrunde liegenden Vertragsbedingungen „für eine Vielzahl von Verträgen" vorformuliert waren. Bei Vertragsdokumenten, die als „allgemeine Geschäftsbedingungen" oder in ähnlicher Weise gekennzeichnet sind, wird dieser Nachweis regelmäßig leicht zu führen sein. Um dem Kunden die Beweisführung nicht unnötig zu erleichtern, sollte der IT-Anbieter, der darauf abzielt, der AGB-Kontrolle zu entgehen, bei der Gestaltung des Dokuments von der Verwendung typischer AGB-Elemente absehen.

Die Beweislast für das Vorliegen einer Individualabrede liegt hingegen bei dem Verwender. Er muss nachweisen, dass die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Soweit der vorformulierte Standardvertrag unverändert übernommen worden ist, wird dieser Nachweis nur selten zu erbringen sein. Hingegen begründen nachträgliche Änderungen des vorformulierten Texts ein Indiz dafür, dass der Vertrag zumindest hinsichtlich der betroffenen Klauseln verhandelt worden ist.

IV. Zusammenfassung
Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Frage, ob ein Vertrag der AGB-Kontrolle unterfällt oder nicht, Bedeutung beigemessen werden muss. Je nachdem, wie die Antwort ausfällt, muss auch mit entsprechenden Konsequenzen gerechnet werden. Bei der Erstellung seiner Standardverträge sollte der IT-Anbieter daher auch sorgfältig abwägen, inwieweit er den durch das AGB-Recht vorgegebenen Gestaltungsspielraum ausschöpfen möchte. Denn im Falle überzogener Ansprüche droht dem Anbieter die Unwirksamkeit der gesamten Vertragsklausel.

Es hat sich weiter gezeigt, dass die Gerichte einer möglichen Umgehung der AGB-Kontrolle enge Grenzen setzen. Ein Patentrezept, wie diesem Problem aus Verwendersicht entgegengewirkt werden kann, besteht nicht. Abzustellen ist stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Als Leitlinie lässt sich festhalten, dass die Erfolgschancen des Verwenders umso größer sind, je offensiver er die AGB-Problematik thematisiert und seine Verhandlungsbereitschaft demonstriert. Bei einem geschickten Einsatz der dargestellten Instrumente besteht durchaus die Möglichkeit, Standardklauseln wirksam der AGB-Kontrolle zu entziehen.

Lizenzverträge in der Insolvenz


Dr. Kai-Uwe Plath, LL.M.
Freshfields Bruckhaus Deringer

Wie wirkt sich die Insolvenz des Lizenzgebers auf die Wirksamkeit von Softwarelizenzverträgen aus? Kann der Lizenznehmer auf den Bestand seiner Lizenzverträge vertrauen, oder sind diese vorzeitig kündbar beziehungsweise verlieren gar automatisch ihre Wirksamkeit? Diese Fragen nach der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen gehören seit dem Kollaps der New Economy zu den zentralen Fragestellungen im Bereich des IT-Rechts und werden nach wie vor äußerst kontrovers diskutiert. Hervorgerufen wurde die Kontroverse durch das Versäumnis des Gesetzgebers, bei der Einführung der Insolvenzordnung im Jahre 1999 für klare Verhältnisse im Bereich des Lizenzrechts zu sorgen. Mittlerweile ist zwar durch das LG Mannheim eine erste Gerichtsentscheidung zu dieser Frage erlassen worden, jedoch brachte diese aus Sicht der Lizenznehmer nicht die erhoffte Entwarnung, sondern verstärkte zusätzlich die Sorgen um die mögliche Kündbarkeit der Softwarelizenzen im Insolvenzfall.

Die praktische Bedeutung der dargestellten Insolvenzproblematik ist immens. Bei dem Erwerb von Softwarelizenzen vertraut der Lizenznehmer in der Regel darauf, für die vereinbarte Laufzeit des Vertrages zur Nutzung der lizenzierten Software berechtigt zu sein, solange er keinen Anlass zu einer vorzeitigen Kündigung gibt. Im Vertrauen auf den Fortbestand seiner Lizenzen tätigt er mitunter erhebliche Investitionen, und zwar nicht nur in Form von Lizenzgebühren für die Software selbst, sondern häufig auch zur Anschaffung der notwendigen Hardware oder im Extremfall sogar ganzer Produktionsstätten. Die zentrale Frage lautet daher, inwieweit die Insolvenzordnung dieses Vertrauen der Lizenznehmer schützt.

Nachfolgend soll zunächst der aktuelle Diskussionsstand zu dieser Thematik aufgezeigt werden. Im Anschluss daran werden verschiedene mögliche Lösungsansätze und Hinweise zur Vertragsgestaltung in der Praxis gegeben. Die Darstellung endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse.

I. Softwarelizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers
Im Zuge der Einführung der Insolvenzordnung hat der Gesetzgeber keine ausdrückliche Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen getroffen. Abzustellen ist mithin auf die allgemeinen Regelungen der §§ 103 ff. InsO. Nach § 103 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei „gegenseitigen Verträgen" das Recht, den Vertrag entweder anstelle des Schuldners zu erfüllen oder die Erfüllung abzulehnen. Sollte das in § 103 InsO geregelte Verwalterwahlrecht auch auf Lizenzverträge Anwendung finden, müsste der Lizenznehmer mithin mit einer vorzeitigen Beendigung seines Lizenzvertrages durch den Insolvenzverwalter rechnen.

Das Wahlrecht nach § 103 InsO findet auf sämtliche „gegenseitige Verträge" Anwendung, soweit die InsO keine Sonderregelungen vorsieht. Dass damit auch Lizenzverträge dem Wahlrecht des

Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterfallen, ist mittlerweile nahezu allgemein anerkannt. Dies gilt unabhängig von der sogleich noch näher zu erläuternden Frage, ob Verträge über die Lizenzierung von Software als Kauf- oder Mietverträge einzuordnen sind, denn das Gesetz trifft hinsichtlich der „gegenseitigen Verträge" keine weitere Differenzierung nach Vertragsinhalt oder Vertragstyp. Zwar wird vereinzelt argumentiert, dass die Sonderregelung des § 108 Abs. 1 S. 1 InsO, aus der sich die Insolvenzfestigkeit von Miet- und Pachtverhältnissen ergibt, analog auch auf Lizenzverträge anzuwenden sei. Jedoch bleibt für diese Analogie kein Raum mehr, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 108 InsO im Zuge der Reform des Insolvenzrechts bewusst auf „unbewegliche Gegenstände und Räume" beschränkt hat.

A. Erlöschen des Wahlrechts bei Erfüllung der Lizenzverträge

Voraussetzung für den Bestand des Wahlrechts des Insolvenzverwalters ist, dass der betroffene Vertrag zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder vom Lizenznehmer noch vom Lizenzgeber „vollständig erfüllt" worden ist (vgl. § 103 Abs. 1 InsO). Sobald auch nur eine Partei ihre Leistungspflicht erfüllt hat, entfällt das Wahlrecht. Es fragt sich damit, wann und unter welchen Voraussetzungen bei einem Softwareüberlassungsvertrag die Erfüllung eintritt. Insoweit ist zwischen zwei Grundtypen von Softwarelizenzverträgen zu unterscheiden, namentlich zwischen der Überlassung auf Zeit und der Überlassung auf Dauer.

1. Erfüllung bei zeitlich beschränkter Überlassung (Softwaremiete)

Soweit eine Software dem Lizenznehmer lediglich auf Zeit überlassen wird, werden die entsprechenden Verträge nach überwiegender Ansicht vertragstyplogisch als Miet- beziehungsweise Pachtverträge eingeordnet. Ungeachtet der Diskussion um die Rechtsnatur dieser Verträge wird es bei der Softwareüberlassung auf Zeit in der Regel an einer vollständigen Erfüllung vor Ablauf der Vertragslaufzeit fehlen.

Eine Erfüllung durch den Lizenzgeber scheidet aus, da er nach den mietrechtlichen Vorschriften die Instandhaltung der Mietsache, also der Software, während der gesamten Vertragslaufzeit schuldet. Und eine Erfüllung durch den Lizenznehmer scheitert in der Regel daran, dass er zur Zahlung fortlaufender Lizenzgebühren sowie zur Rückgabe beziehungsweise Zerstörung der Software bei Vertragsbeendigung verpflichtet ist. Soweit der Lizenznehmer also lediglich ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht an der Software erwirbt, ist im Zweifel von einem Recht des Insolvenzverwalters auszugehen, im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers die Erfüllung des Vertrages nach § 103 Abs. 2 InsO abzulehnen.

2. Erfüllung bei zeitlich unbeschränkter Überlassung (Softwarekauf)

Fraglich bleibt damit, ob im Falle einer Softwareüberlassung auf unbeschränkte Zeit dieselben Grundsätze gelten. Bei der Softwareüberlassung auf Dauer spricht auf den ersten Blick vieles dafür, dass der Lizenznehmer seine Leistungspflicht bereits mit Zahlung des Kaufpreises für die Software voll erfüllt. Soweit nicht im Einzelfall besondere weitergehende Pflichten des Lizenznehmers vereinbart werden, tritt mit Zahlung des Kaufpreises die vollständige Erfüllung seiner Hauptleistungspflicht ein.

Dies indes wirft wiederum die Frage auf, ob das Wahlrecht des Insolvenzverwalters tatsächlich bereits mit Erfüllung der Hauptleistungspflichten einer Partei endet. Insoweit wird wohl überwiegend davon ausgegangen, dass es so lange an einer vollständigen Vertragserfüllung im Sinne des § 103 InsO fehlt, als noch die Erfüllung von Nebenleistungspflichten aussteht. Hierzu hat das LG Mannheim (Urt. v. 27.6.2003 – 7 O 127/03, CR 2004, 811, 813) in dem – soweit ersichtlich – bisher einzigen Urteil deutscher Gerichte zu dieser Frage entschieden, dass schon die Pflicht des Lizenznehmers zur Beibehaltung von Schutzrechtsvermerken auf der Software ausreichen soll, um eine vollständige Erfüllung abzulehnen. Gegen diese enge Auslegung spricht, dass der Zweck des § 103 InsO vornehmlich darin liegt, die „Gegenseitigkeit" der Hauptleistungspflichten auch in der Insolvenz zu erhalten. Der Vertragspartner soll nur dann zur Erbringung ausstehender Leistungen verpflichtet werden, wenn der Verwalter ihm eine vollwertige Gegenleistung anbieten kann. Angesichts dieser Erwägung kann es nicht mehr darauf ankommen, ob beispielsweise Pflichten zur Beibehaltung von Schutzrechtsvermerken, Vertraulichkeitsverpflichtungen oder sonstige Nebenpflichten fortbestehen, nachdem der Lizenznehmer seine Hauptleistungspflicht durch Zahlung der vereinbarten Vergütung erfüllt hat. Entsprechend wird insbesondere in der lizenzrechtlichen Literatur vertreten, dass der Fortbestand von Nebenpflichten den Insolvenzverwalter nicht zur Ausübung des Wahlrechts berechtige. Dieser Ansicht ist aus den genannten Gründen zuzustimmen.

Fehlt es an einer vollständigen Vertragserfüllung durch den Lizenznehmer, bleibt zu klären, ob nicht zumindest der Lizenzgeber seine Vertragspflichten mit der Einräumung eines zeitlich unbeschränkten Nutzungsrechts vollständig erfüllt. Folgt man der weit überwiegend vertretenen Ansicht, dass Verträge über die Überlassung von Software auf Dauer als Kaufverträge zu behandeln sind, ist es nur folgerichtig, den Eintritt der Erfüllung anzunehmen, sobald der Lizenzgeber die geschuldete Leistung durch Einräumung des dauerhaften Nutzungsrechts erbringt. Letztlich müssen insoweit für die Überlassung von Software die gleichen Grundsätze gelten wie für den Verkauf von Hardware oder anderer körperlicher Gegenstände. Allerdings ist auch diese Ansicht nicht unumstritten und natürlich stellt sich auch hier die bereits diskutierte Frage, ob unerfüllte Nebenpflichten einer vollständigen Erfüllung entgegenstehen. Zwar ist dies nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall, jedoch bleibt nicht zuletzt aufgrund der anders lautenden Entscheidung des LG Mannheim ein Risiko, dass die Gerichte in der Praxis anders entscheiden werden.

Nach der hier vertretenen Ansicht erlischt das Wahlrecht des Insolvenzverwalters beim Softwarekauf bereits, sobald eine der Parteien ihre Hauptleistungspflicht erfüllt, konkret also mit Einräumung zeitlich unbeschränkter Nutzungsrechte durch den Lizenzgeber beziehungsweise mit Zahlung des Kaufpreises durch den Lizenznehmer. Eine gegenteilige Ansicht vertritt indes

das LG Mannheim in der bisher einzigen veröffentlichten Entscheidung zu diesem Thema im Bereich des Softwarerechts. Nach Ansicht des Gerichts ist der Insolvenzverwalter solange zur Wahl der Nichterfüllung nach § 103 InsO berechtigt, als noch unerfüllte Nebenpflichten der Parteien bestehen. Für die Vertragspraxis bleibt damit in jedem Fall ein Risiko.

II. Möglichkeiten zur Begrenzung des Insolvenzrisikos

Bei der Vertragsgestaltung muss es mit Blick auf § 103 InsO das Ziel des Lizenznehmers sein, möglichst frühzeitig die Erfüllung der Vertragspflichten zumindest einer der Parteien herbeizuführen. Es bieten sich als Lösungen die Ausgestaltung als Softwarekauf oder die Ausgestaltung als isolierter Lizenzvertrag an. Zudem ist die zusätzliche Absicherung durch Einräumung dinglicher Nutzungsrechte eine Möglichkeit, das Insolvenzrisiko zu begrenzen.

Es hat sich gezeigt, dass der Softwarekauf gegenüber der Softwaremiete weit bessere Aussichten auf Fortbestand im Insolvenzfall bietet, da die Erfüllung der Hauptleistungspflichten beim Softwarekauf in der Regel bei oder kurz nach Vertragsschluss erfolgt. Allerdings bleibt das Risiko, dass die Gerichte im Falle fortbestehender Nebenpflichten die „vollständige Erfüllung“ im Einklang mit der Entscheidung des LG Mannheim ablehnen könnten.

Zur Minimierung des Risikos kann außerdem versucht werden, den Lizenzvertrag möglichst von etwaigen Nebenpflichten zu entkleiden und diese gegebenenfalls in einem gesonderten Kooperationsvertrag aufzunehmen. Gerichtsentscheidungen zur Insolvenzfestigkeit „isolierter Lizenzverträge“ stehen allerdings noch aus. Insbesondere bleibt die Frage, ob sie als unzulässige Umgehung des § 103 InsO gemäß § 119 InsO angesehen würden.

In jüngerer Zeit ist zudem das Konzept einer zusätzlichen Absicherung durch Einräumung dinglicher Nutzungsrechte, namentlich in Form des Nießbrauchs, aufgebracht worden. Dabei lässt sich der Lizenznehmer parallel zur Lizenz ein umfassendes Nießbrauchsrecht an der Software einräumen und verpflichtet sich gleichzeitig, den Nießbrauch nur im Rahmen der Beschränkungen des Softwarelizenzvertrags auszuüben. Inwieweit sich diese Lösung in der Praxis durchsetzen wird, bleibt ebenfalls abzuwarten.

III. Ergebnis

Verträge über die Überlassung von Software unterfallen im Fall der Insolvenz des Lizenzgebers dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO. Dies gilt sowohl für den Softwarekauf als auch für die Softwaremiete. Während der Insolvenzverwalter bei Mietverträgen in der Regel zur Wahl der Nichterfüllung berechtigt ist, erlischt dieses Recht bei Kaufverträgen nach der hier vertretenen Ansicht mit Einräumung der Nutzungsrechte beziehungsweise Zahlung des Kaufpreises. Angesichts der Entscheidung des LG Mannheim und des umstrittenen Meinungsstands in der Literatur können sich die Lizenznehmer in der Praxis indes keinesfalls auf die Insolvenzfestigkeit ihrer Verträge verlassen, solange keine gefestigte Rechtsprechung zu dieser Frage vorliegt.

Es werden verschiedene Ansätze zur Minimierung des Risikos eines Verlusts der Nutzungsrechte im Fall der Insolvenz des Lizenzgebers diskutiert. Nach der hier vertretenen Ansicht sind diese Ansätze bei sorgfältiger vertraglicher Ausgestaltung durchaus geeignet, den Interessen der Lizenznehmer ausreichend Rechnung zu tragen. Allerdings muss auch hier die Praxis zeigen, ob die Gerichte zur Anerkennung der diskutierten Lösungen bereit sind.

Schutz von Vorleistungen bei IT-Projekten



Guido Flick
Kanzlei Flick

Gerade Gründerfirmen müssen immer wieder die Erfahrung machen, dass vermeintliche Auftraggeber ihre Angebote nur dazu verwenden, um die darin enthaltenen Ideen und Programmstrukturen zu übernehmen. Oft bekommt man den Eindruck, es werden mehrere Firmen nur deswegen zur Abgabe eines Angebotes eingeladen, um die Summe dieser Angebote kostenlos als „Brainstorming“ zu nutzen und eigene Produkte zu verbessern. Das Urheberrecht schützt schließlich nur die konkrete Ausgestaltung der Software, wie sie im Quelltext ihre Verkörperung gefunden hat. Die zugrunde liegende Idee ist nicht geschützt und kann daher grundsätzlich übernommen werden, sofern kein Patent vorliegt. Die Frage ist, ob man sich gegen die Verwendung von Angeboten dennoch wehren kann und inwieweit auch schon Angebote einem Schutz vor unerlaubter Übernahme unterliegen.

I. Zustandekommen von Verträgen

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, es sei im Falle einer Übernahme tatsächlich zur Annahme von Planungsleistungen gekommen und dadurch ein Vertrag über diese zustande gekommen. Verträge kommen aber nur durch Angebot und Annahme zustande. Das bedeutet, die Parteien müssen sich auf einen bestimmten Vertragsinhalt geeinigt haben, der die wesentlichen Punkte des Geschäftes regelt und in dem beide Parteien übereinstimmen. Das wird man schon dann nicht annehmen können, wenn man sich nicht über den Preis einigen konnte oder sich aus dem vorhandenen Schriftverkehr ergibt, dass es sich erst um ein Angebot handeln sollte. Da hilft einem auch nicht das Gesetz weiter. Denn der Grundsatz aus dem Werkvertragsrecht, dass bei Fehlen einer Vergütungsvereinbarung die übliche Vergütung zu zahlen sei (§ 632 Abs. 2 BGB), kann nur dann gelten, wenn tatsächlich ein Vertrag geschlossen wurde. Kann eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Vereinbarung der Werkvertragsparteien über die Vergütung nicht festgestellt werden, darf ein Vergütungsanspruch bereits dann nicht zugesprochen werden, wenn an der Vergütungspflicht durchgreifende Zweifel bestehen (vgl. BGH Urteil vom 08.06.2004; ger. Az.: X ZR 211/02). Zudem ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Software umstritten. Sofern aber die Vertragsverhandlungen über ein noch so ausführliches Angebotsschreiben nicht hinaus gekommen sind, ist im Zweifel nicht davon auszugehen, dass ein Vertrag besteht.

II. Das aussagekräftige Angebot beim „Pitching“

Nun haben aber auch die Auftraggeber erkannt, dass die räuberische Ausnutzung von Angeboten dazu führen kann, dass Agenturen und Softwarehäuser kaum noch aussagekräftige Angebote machen. Dies kann sogar dazu führen, dass ein Softwarehaus den Zuschlag erhält, welches zwar das beste und meistversprechende Angebot unterbreitet hatte, tatsächlich am Ende aber mit der Durchführung überfordert ist. Eine solche Fehlentscheidung kann dem Auftraggeber teuer zu stehen kommen: Wenn das Projekt nicht abgeschlossen werden kann, verliert der Auftraggeber wertvolle Zeit und damit eventuell seinen Vorsprung am Markt. Um diese Fehleinschätzung von Angeboten zu vermeiden, können es sich manche Auftraggeber leisten, Softwarehäuser zu einem

Angebotswettbewerb, ähnlich einem „Pitching“ einzuladen. Entwickler werden also gebeten, aussagekräftige Angebote zu machen, in denen sie bereits sehr viel über die geplante Umsetzung der Aufgaben, Ablaufpläne und Programmstruktur preisgeben.

Damit die Leistung eines Anbieters auch wirklich überprüft werden kann, müssen die Angebote allerdings erhebliche Vorleistungen enthalten. Im Gegenzug verspricht der Auftraggeber für die Erstellung dieser Angebote bereits eine Vergütung, in der Hoffnung, dass die Firmen so auch wirklich ihr ganzes Potenzial offen legen. Somit ist also tatsächlich ein wirklicher Vertrag über die Erstellung eines Angebotes zustande gekommen. Anders als im Agenturbereich ist diese Art von Angebotswettbewerb in der Softwarebranche aber eher noch die Ausnahme. Ohne ausdrückliche Vereinbarung wird man in der Regel auch nicht auf einen Vergütungsanspruch für das Angebot schließen können.

III. Leistungsschutz durch Vorvertrag – der Letter of Intent

Wenn man schon keine Einladung zum Pitching erhält, wäre es als IT-Anbieter doch schön, zumindest einen Vorvertrag, einen Letter of Intent (LoI), abschließen zu können. Aber auch das wird eher die Ausnahme bleiben, weil man den Vertragspartner kaum dazu bringen wird, sich bereits in einem so frühen Stadium eines Projektes zu binden. Dieser möchte ja gerade mehrere Angebote frei prüfen, ohne bereits irgendwelche Verpflichtungen eingegangen zu sein. Der Vertragspartner wird nicht unnötig gegenüber Dritten vertragliche Pflichten eingehen wollen, die gesetzlich nicht vorgegeben sind. Auch gibt die Forderung nach einem Vorvertrag mit eventuell enthaltener Geheimhaltungsklausel und Vertragsstrafe nicht ganz das gängige Machtverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wieder. Nur in Ausnahmefällen wird es dem Verhandlungsgeschick des Softwarehauses unterliegen, einen solchen Vorvertrag abschließen zu können.

Hierbei gibt es verschiedene Ausgestaltungen mit unterschiedlich starker Bindung. Es kann sein, dass die Parteien durch den Vorvertrag nur ihre Verhandlungsposition schriftlich festhalten. Es soll nur die weitere Vorgehensweise der Angebotsphase geregelt werden, bei dem der tatsächliche Abschluss des Vertrages noch völlig offen ist (LoI). Oder aber die Parteien sind sich bereits insoweit einig, dass sie in jedem Fall zusammenarbeiten wollen. Letztere Vereinbarung würde man als echten Vorvertrag bezeichnen, der zum Abschluss eines Vertrages verpflichtet. Im Falle einer rechtswidrigen Lösung vom Vorvertrag können dann auch Schadensersatzansprüche entstehen. Sofern eine solche Bindung nicht gewünscht ist, sollte man dies in einen LoI aufnehmen.

IV. Geheimhaltungsklauseln und AGB

Sofern eine vertragliche Bindung nicht möglich ist, sollte man zumindest versuchen, sich seine Rechte durch allgemeine Geschäftsbedingungen zu sichern. Dies ist aber auch im rein geschäftlichen Bereich nicht grenzenlos möglich. Hinzu kommt, dass vorvertragliche Pflichten nur schwer in den AGB geregelt werden können, weil eben noch kein Vertrag besteht. Andererseits können scharf formulierte AGB aber auch dazu dienen, Auftraggeber von der kostenfreien Übernahme von Angebotsleistungen abzuschrecken.

V. Ansprüche bei Ideenklau

Grundsätzlich sind die Parteien bereits bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf erkennbare Interessen des anderen verpflichtet (§ 311 BGB sog. c.i.c.). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber in zurechenbarer Weise den Eindruck erweckt, er werde einen Auftrag erteilen. Diese Rücksichtnahme führt aber nicht soweit, dass der Auftraggeber über eine Beauftragung nicht mehr frei entscheiden kann. Die Entscheidung zum Beispiel für ein günstigeres Angebot reicht aus, um eine Haftung entfallen zu lassen.

Sofern man sich nicht auf einen Vorvertrag oder eine (auch konkludente) Beauftragung zur Abgabe eines umfangreichen Konzeptes und Angebotes berufen kann, besteht eventuell die Möglichkeit, dennoch eine übliche Vergütung für die eigenen Aufwendungen zu verlangen. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, in wessen Interesse der Programmierer die Vorarbeiten erbringt (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1996, 83). Handelt es sich bei dem Angebot und den darin enthaltenen Entwürfen also um Leistungen, die überwiegend zu Akquisezwecken erstellt werden, besteht kein Anspruch auf Vergütung. Überwiegt hingegen bereits im Angebot die planerische Tätigkeit und übersteigt diese sogar noch den Aufwand für die spätere Umsetzung, ist von einem Aufwandsersatz auszugehen (OLG Nürnberg NJW-RR 1993, 760).

Sofern ausnahmsweise die Angebote derart detailliert sind, dass man tatsächlich von einem Werk im Sinne des Urheberrechtes ausgehen kann, stehen einem die Rechte aus dem Urheberrecht zu. Aber auch das Entwurfsmaterial für ein Computerprogramm ist gem. § 69a Abs. 1 UrhG ausdrücklich geschützt. Zu beachten ist hierbei, dass auch die Bearbeitung eines Werkes, also auch die Weiterentwicklung von Entwürfen einer Software der Zustimmung des Urhebers bedarf. Sollte das Angebot und die darin enthaltenen Vorleistungen auch neuartige Bildschirmgestaltungen enthalten, ist auch über ein Geschmacksmusterschutz nachzudenken. Dieser ist eventuell auch ohne Anmeldung in den ersten drei Jahren als Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschützt.

VI. Vorgehen gegen Dritte

Sofern in dem Angebot bereits urheberrechtlich schutzfähige Elemente enthalten sind, kann der Anbieter sein Urheberrecht auch bei Dritten durchsetzen. Damit sind auch Konkurrenten gemeint, die mit der billigen Umsetzung der eigenen Ideen beauftragt sind. Es wäre auch zu prüfen, ob diese Drittfirmen nicht gegen das Verbot des Verschaffens von vertraulichen Vorlagen (§ 18 UWG) verstoßen haben. Auf diese Art und Weise besteht die Möglichkeit, den Streit mit einem Kunden auf einen Konkurrenten zu verlagern.

VII. „First Mover“

Sofern man sich in einem Bereich bewegt, der weder nach Urheberrecht oder sonstigen Leistungsschutzrechten oder vertraglichen Bindungen geschützt ist, kann ein sinnvoller Schutz aber auch dadurch entstehen, indem man so genannter „First Mover“ ist und bleibt. Sofern Ideen und deren Umsetzung derart vom üblichen Standard abweichen, wird man einen Vorsprung dadurch bekommen, dass es eben sonst niemanden gibt, der diese Ideen gleichwertig umsetzen kann. Um den Vorsprung vor der Konkurrenz zu behalten und seine eigenen Ideen vor dem Klau durch Dritte zu schützen, ist es wichtig, die Position des „First Movers“ beizubehalten. Dies bedeutet dann aber vor allem, dass man auch seine Mitarbeiter „bei der Stange“ halten und diese nicht nur ideell an sich binden muss. Gerade im Bereich der Softwareentwicklung und -beratung steht und fällt die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens mit dem Wissen seiner Mitarbeiter.

„The business of business is people“ sagt man zu Recht in den USA. Ein guter Schutz vor Übernahme von Leistungen durch Dritte ist also der Vorsprung gegenüber Mitbewerbern bei der Umsetzung von Ideen durch die Belegschaft. Diesen Vorsprung zu halten, kann also auch zu einer arbeitsrechtlichen Aufgabe werden.

VIII. Formulierung und Abgabe des Angebotes

Trau, schau wem! Man sollte sich bei allen Vertragsverhandlungen darüber im Klaren sein, dass man mit ihnen auch Firmengeheimnisse preisgibt. Bereits die Kalkulation eines Angebotes kann für Konkurrenten beispielsweise wichtige Informationen enthalten. Auch angebotene Lösungswege können vom Auftraggeber dankend, aber ohne Bezahlung übernommen werden. Letztlich wird man jedoch ein hinreichend bestimmtes Angebot erstellen müssen, will man den Auftraggeber von seiner Leistung überzeugen. Es kann sich daher empfehlen, schrittweise vorzugehen und Know-how erst nach einem ersten Grobentwurf preiszugeben. Bei der Formulierung von Angeboten sollte man im Hinblick auf das BGH-Urteil zur Konzepterstellung (s.o.) den Eindruck vermeiden, die in den Angeboten enthaltenen Entwürfe würden erst im Falle einer späteren Beauftragung als Planungsarbeiten berechnet.

Alle Angebote sollten allerdings den deutlichen Hinweis enthalten, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, die nicht zur Weitergabe an Dritte bestimmt sind und auch nicht verwertet werden dürfen. Dadurch besteht zumindest die Möglichkeit, die Angebote und die darin enthaltenen Entwürfe als Vorlagen und Pläne im Sinne von § 18 UWG zu werten. Diese Vorschrift stellt nämlich die Übernahme von anvertrauten Vorlagen und Entwürfen unter Strafe und führt danach zu Schadensersatzansprüchen. Voraussetzung ist hierfür aber, dass es sich um hinreichend detaillierte Vorlagen handelt, aus denen sich nicht nur offenkundige Umsetzungsmöglichkeiten ergeben. Schließlich sollte man schon bei der Formulierung berücksichtigen, dass ein Angebot tatsächlich auch angenommen werden kann. In ein Angebot dürfen daher nur solche Pflichten (und Preise) aufgenommen werden, die man auch erfüllen kann, weil sonst erhebliche Schadensersatzpflichten folgen können.

IX. Fazit

Nur in Ausnahmefällen wird man sich bei der Übernahme von Konzepten und Angeboten durch den erhofften Auftraggeber auf die Durchführung von Entwürfen und somit auf bestehende Verträge berufen können. Angesichts der Tatsache, dass § 69a Abs. 1 UrhG aber das Entwurfsmaterial ausdrücklich in den Schutz einbezieht und Vorstufen des Programms, wie zum Beispiel ein Flussdiagramm beziehungsweise ein Datenflussplan, geschützt sind, sollte man einen möglichen Urheberrechtsschutz und Unterlassungsansprüche jedenfalls prüfen lassen. Darüber hinaus ist bereits bei der Formulierung von Angeboten auf einen Schutz von darin enthaltenen Leistungen hinzuweisen. Und der Anbieter sollte in seine AGB einen Hinweis auf Urheberrechtsschutz, der unabhängig von der gesetzlich geforderten Schöpfungshöhe ist, aufnehmen.

Vertragsgestaltung bei IT-Projekten



Dr. Christian Lemke
Heissner & Struck

I. Vertragsgegenstand

IT-Projekte sind ausgesprochen vielgestaltig und können unterschiedlichste Leistungen umfassen. Neben der Erstellung von Individualsoftware umfassen IT-Projekte häufig die Anpassung von Standardsoftware, die Implementierung von Individual-, Standard- oder einer angepassten Standardsoftware im System des Auftraggebers, die Migration von Daten aus dem bestehenden System in das neue System des Auftraggebers, Konvertierungs- und Portierungsleistungen, Pflegeleistungen, Beratungsleistungen, Schulungsleistungen oder auch die – hier nicht näher zu vertiefende – Beschaffung erforderlicher neuer Hardware. IT-Projekte zeichnen sich durch unterschiedlichste Ausgestaltungen und Kombinationen entsprechender Leistungen sowie häufig durch eine ausgesprochen hohe Komplexität aus. Schon um Auseinandersetzungen über den jeweils geschuldeten Leistungsumfang zu vermeiden, gilt es stets, Art und Umfang der einzelnen Leistungen – selbstverständlich auch soweit sie vom Auftraggeber erbracht werden sollen – vertraglich soweit irgend möglich detailliert zu bestimmen. Insbesondere gilt dies für die Festlegung der Leistungsmerkmale der geschuldeten Software in einem umfassenden Pflichtenheft beziehungsweise einer fachlichen Feinkonzeption (ggf. nach Erstellung eines ersten Grobkonzeptes), den Funktionsumfang der Software, etwaige Performancekriterien, die Anforderungen an die Hardware, auf der die Software eingesetzt werden soll, sowie die Anforderungen an die gegebenenfalls vom Auftraggeber zu beschaffende beziehungsweise einzusetzende Betriebssystemsoftware oder etwa die Erstellung, Beschaffung oder Bereitstellung einer erforderlichen Schnittstellensoftware.

II. Projektplanung- und Organisation

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet häufig bereits die zur Realisierung von IT-Projekten erforderliche Planung. Dies gilt sowohl für die vorbereitende Planung als auch für die im Verlaufe des Projektes erforderliche weitere Planung, insbesondere weil sich Art und Umfang des Projektes und dessen Realisierungsdauer zu Beginn nur annähernd absehen lassen. Schließlich erstrecken sich IT-Projekte häufig über Jahre. Regelmäßig ist es daher erforderlich, die Planung detailliert zu regeln und sie sinnvollerweise in verschiedene Realisierungsphasen und Teilabschnitte aufzugliedern. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Planung der Projektrealisierung, sondern auch für die Planungskoordinierung selbst, also gleichsam die „Planung der Planung“. Schon im Hinblick auf eine etwaige Haftung des Auftragnehmers für ein Beratungsverschulden dürfen die Bestimmung des Planungsgegenstands und Planungsumfangs, erforderliche Anpassungen von Pflichtenheft oder Feinkonzeption sowie die Dokumentation der Planungsergebnisse nicht unberücksichtigt gelassen werden. Um der Abgrenzung zwischen vorbereitender Planung und Projektrealisierung (einschließlich ggf. erforderlicher laufender weiterer Planung) Rechnung zu tragen, ist regelmäßig deren gesonderte vertragliche Regelung in Erwägung zu ziehen.

III. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Sowohl bei der Planung als auch bei der Realisierung von IT-Projekten ist eine Mitwirkung des Auftraggebers unerlässlich. Gerade aus Sicht des mit der Projektrealisierung beauftragten Auftragnehmers ist es dringend erforderlich, Art und Umfang entsprechender Mitwirkungsleistungen auch vertraglich zu regeln. Damit eröffnet sich der Auftragnehmer die Möglichkeit, verspätete oder unzureichende Mitwirkungsleistungen einzuwenden oder deswegen eigene Ansprüche geltend zu machen. Geregelt gehören durchweg Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers bei der Planung, fachliche Anforderungen an zu erstellende Software, die Zugänglichmachung zu Räumen und Anlagen des Auftraggebers sowie die Beschaffung, Aufstellung, Installation, Konfiguration und Inbetriebnahme von Systemplattformen (Hardware, Betriebssystemsoftware und sonstige Systemsoftware), die an die Systemplattformen zu stellenden technischen Anforderungen und deren Wartung beziehungsweise Pflege, wie etwa die fortlaufende Aktualisierung der Betriebssystemsoftware nach Maßgabe der jeweiligen Herstellerempfehlungen, die Abstellung von Mitarbeitern, die bevollmächtigt sind, über Planungs- und Realisierungsfragen zu entscheiden, die Überlassung von Testdaten und sonstigen Daten sowie die Zurverfügungstellung von Datenfernübertragungseinrichtungen. Geregelt gehören ferner Fristen und Termine, innerhalb der beziehungsweise bis zu denen entsprechende Mitwirkungsleistungen erbracht sein müssen, sowie weiter Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers bei der Abnahme von Leistungen des Auftragnehmers. Die Verletzung von Mitwirkungspflichten des Auftraggebers kann Schadenersatzansprüche und Kündigungsrechte des Auftragnehmers auslösen (§§ 642, 643 BGB).

IV. Lenkungsausschuss

Planung und Realisierung komplexer IT-Projekte erfordern regelmäßig die Einbeziehung einer Reihe von Abteilungen und Personen in den Unternehmen der beteiligten Vertragsparteien, die häufig höchst unterschiedliche Interessen haben. Dem Ausgleich dieser Interessen, der Koordination der Planung und Realisierung, aber auch der Flexibilisierung von IT-Strategien und der Kommunikation dient der Lenkungsausschuss. Soll ein Lenkungsausschuss eingesetzt werden und nicht nur zusätzliche Verwirrung stiften, so gehören dessen Zusammensetzung, die Anforderungen an die Beschlussfähigkeit und Beschlussmehrheiten innerhalb des Lenkungsausschusses und dessen Entscheidungsbefugnisse klar geregelt. Insbesondere ist darauf zu achten, ob und inwieweit Entscheidungen des Lenkungsausschusses Einfluss auf wechselseitig geschuldete Leistungen haben dürfen, damit der Ausschuss nicht einseitige Vertragsänderungen oder -anpassungen zuungunsten einer der Parteien beschließen kann. Das gilt insbesondere für den Fall, dass keine paritätische Besetzung des Ausschusses aus Entscheidungsträgern des Auftraggebers und des Auftragnehmers gewährleistet ist.

V. Meilensteinregelungen

Im Interesse des Auftraggebers kann es sinnvoll sein, Bestimmungen über die Projektplanung und -realisierung in gegebenenfalls auch parallel laufenden oder „rollierenden“ Teilschritten (Meilensteinen) zu treffen, in denen die Meilensteine soweit möglich bereits konkretisiert oder jedenfalls hinsichtlich der Planungsschritte festgelegt werden. Bei der Planung und Realisierung entsprechender Meilensteine sollten hinreichende Phasen für Integrationstests zwischen Fertigstellung und Implementierung berücksichtigt werden. Sinnvollerweise wird sodann die Fälligkeit von (Teil-)Vergütungen an die Erfüllung und Abnahme einzelner Meilensteine geknüpft.

VI. Change-Request-Regelungen

Im Verlauf der Realisierung jedes größeren IT-Projekts erweisen sich Änderungen, Erweiterungen oder Anpassungen der zunächst vereinbarten Leistungen als erforderlich. Geschuldet und zu vergüten sind zunächst nur die vom Vertrag umfassten Leistungen. Zusätzliche Leistungen müssen hingegen grundsätzlich gesondert vereinbart und vergütet werden. Soweit Leistungsänderungen durch nicht vorhergesehene Umstände erforderlich werden, kommen wechselseitige Ansprüche auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB oder auch ein Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB in Betracht. Auch wird der Auftragnehmer (Softwarehersteller) solche Änderungswünsche des Auftraggebers befolgen müssen, die für ihn bei fachgerechter Planung zur Realisierung des vertraglich vorgesehenen Vorhabens voraussehbar waren und keine Abweichung vom ursprünglichen Vertragsinhalt darstellen. Hiervon abgesehen muss sich der Auftragnehmer (Softwarehersteller) indes nicht bereit erklären, Änderungswünsche oder gar Erweiterungswünsche des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Sinnvollerweise sind daher vertragliche Regelungen zu treffen, unter welchen Voraussetzungen „Change Requests“, also Änderungs- und Erweiterungsverlangen des Auftraggebers, zu berücksichtigen sind. Dabei ist zu beachten, was dem Auftragnehmer zumutbar und realisierbar ist. Regelungsbedürftig sind ferner die Vergütung von Change Requests und gegebenenfalls weitere Folgen der Umsetzung entsprechender Änderungsverlangen. Dies gilt insbesondere für die Frage der Verlängerung vereinbarter Fertigstellungsfristen, deren Einhaltung durch die Berücksichtigung von Change Requests sonst gefährdet oder gar unmöglich gemacht würde.

Schon zur Vermeidung unnützer Aufwendungen und Verzögerungen gehört auch das Prozedere („Change Request Management“) der erforderlichen gesonderten Einigung über die Durchführung späterer und nicht von vornherein dem Vertrag unterworfener Änderungswünsche klar geregelt. Die einzelnen Verfahrensschritte lassen sich dabei etwa wie folgt gliedern: Übermittlung des Änderungsverlangens des Auftraggebers an den Auftragnehmer; gemeinsame Ausarbeitung einer technischen Lösung; Abgabe eines Änderungsangebotes des Auftragnehmers auf der Grundlage des gemeinsamen Lösungsansatzes mit Termin und Kostenangabe oder jedenfalls -schätzung; gegebenenfalls erforderliche Nachverhandlungen; Annahme des Angebotes; Durchführung der Leistungen; Übergabe der Leistungen; Funktions- und Integrationstests und schließlich Anforderungen an die Durchführung der Abnahme entsprechender Leistungen. Besonderer Wert sollte ferner darauf gelegt werden, die Geltung der vertraglich vorgesehenen Bestimmungen insbesondere über Art und Umfang von Nutzungsrechten, über Mangelansprüche, Quellcodes, Pflegeleistungen und dergleichen auch für spätere Vereinbarungen über die Umsetzung von Change Requests für anwendbar zu erklären. Anderenfalls besteht das Risiko, dass spätere Vereinbarungen über zusätzliche Leistungen anderen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen unterworfen sind, als die sonst geschuldeten Leistungen.

VII. Softwarepflege bereits während der laufenden Projektdurchführung

Regelmäßig erweist sich die Pflege neuer Software – insbesondere wenn diese stufenweise in den Produktivbetrieb gesetzt wird – schon während der laufenden Projektrealisierungen als erforderlich. Gerade in derartigen Fällen kann die Abgrenzung von Erfüllungsverpflichtungen, Mängelansprüchen und Pflegeleistungen schwierig sein. Zu klären sind dabei Fragen wie „Welche Leistung ist noch im Rahmen der Projektrealisierung geschuldet?“, „Was ist entgeltlich im Rahmen der Pflege geschuldet?“ und „Was fällt unter Mängelansprüche?“.

Entsprechende Abgrenzungen sollten vertraglich soweit möglich getroffen werden. Aus Sicht des Auftragnehmers (Softwarelieferanten) sollte klargestellt werden, dass Fehlerkorrekturen und ähnliche Leistungen im Zweifel als vergütungspflichtige Pflegeleistungen zu qualifizieren sind. Weitere Einzelheiten finden sich in dem Beitrag „Softwarepflege“ in diesem Buch.

VIII. Nutzungsrechte

A.

Nach der allgemeinen urheberrechtlichen Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG) werden Nutzungsrechte nur in dem Umfang eingeräumt, der für die Erreichung des Vertragszwecks erforderlich ist. Auf die Besonderheiten der weitgehend unabdingbaren Nutzungsrechte der Anwender von Software (§§ 69c ff. UrhG; Installation, Laden, Ablaufenlassen, Fehlerbeseitigung, Herstellung der Interoperabilität/Dekompilierung, Reverse Engineering) soll dabei an dieser Stelle ebenso wenig eingegangen werden, wie auf besondere Fragen der Drittwirkung von Nutzungsbeschränkungen und insbesondere Weitergabeverbote. Bereits die urheberrechtliche Zweckübertragungslehre und die hieraus resultierenden Fragen der Vertragsauslegung begründen jedoch gerade für den Auftraggeber/Werknutzer das dringende Erfordernis, den Zweck der geschuldeten Leistungen sowie insbesondere Art und Umfang der dem Auftraggeber eingeräumten Nutzungsrechte detailliert zu regeln. Dies gilt insbesondere in Anbetracht des Umstands, dass der Umfang eines Nutzungsrechts auch bei pauschalen Vereinbarungen über die Einräumung von Nutzungsrechten durch den Vertragszweck bestimmt und im Allgemeinen beschränkt wird (BGH GRUR 1996, 121, 123 – „Pauschale Rechteeinräumung“).

Auch in IT-Projektverträgen gehört folglich klar und eindeutig bestimmt, wofür die unter dem Vertrag erstellte Software bestimmt ist, in welchem inhaltlichen, räumlichen und zeitlichen Umfang diese vom Auftraggeber genutzt werden darf, ob entsprechende Nutzungsrechte ausschließlich (exklusiv) oder nicht ausschließlich (einfach) eingeräumt werden und ob diese auf Dritte übertragbar sind. Typischerweise regelungsbedürftig ist danach, ob die Software auf nur einzelnen Rechnern oder einer bestimmten oder beliebigen Vielzahl von Servern und/oder Client-Rechnern genutzt werden darf, ob die Nutzung im gesamten Unternehmen des Auftraggebers oder gar im ganzen Konzern erfolgen darf (Unternehmens- oder Konzernlizenz), ob und in welchem Umfang die lizenzierte Software vom Auftraggeber geändert, bearbeitet oder sonst umgestaltet werden darf, unter welchen Bedingungen gegebenenfalls weitere Nutzungsrechte einzuräumen sind oder als eingeräumt gelten und für welche Dauer die Nutzung erfolgen darf. Bei der Vertragsgestaltung sind dabei urheber- und AGB-rechtliche Grenzen von Nutzungsbeschränkungen zu beachten. Diese Grenzen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass insbesondere die Zulässigkeit von Systemvereinbarungen umstritten ist, bei denen die Befugnis zur Nutzung der lizenzierten Software an die Verwendung einer bestimmten Hardware oder eines bestimmten Hardwaretyps gekoppelt wird. Dies gilt auch nach der „CPU-Klausel“-Entscheidung des BGH vom 24.10.2002 (GRUR 2003, 416 ff.). Nach dieser Entscheidung haben in jedem Fall die Hersteller komplexer, hochpreisiger Computerprogramme mit zahlenmäßig begrenzten Einsatzmöglichkeiten ein berechtigtes Interesse daran, dass sie die Nutzung ihrer Software im Einzelnen nachvollziehen und kontrollieren können. Es begegne daher keinen Bedenken, dass sie ihre Software nicht verkaufen – was eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts zur Folge habe –, sondern bemüht seien, ihre Nutzer im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen an sich zu binden und die Umstände der zeitlich begrenzten Verwendung der Software im Einzelnen vertraglich regeln. Um Missbrauchsgefahren zu begegnen, sei es nicht unangemessen, den Einsatz der lizenzierten Software immer nur auf einem näher bezeichneten Rechner zuzulassen und den Einsatz auf anderen Rechnern von der Mitwirkung des Softwareherstellers abhängig zu machen. Vor diesem Hintergrund könnten Klauseln, die die Verwendung derartiger Software zunächst an einen bestimmten Rechner binden, die Verwendung eines anderen Rechners aber nicht ausschließen, sondern im Falle des Einsatzes eines anderen oder weiteren Rechners die Mitwirkung des Lizenzgebers erforderlich machen, nicht von vornherein als unzulässig angesehen werden. Bei einer solchen Bindung sei indes zu berücksichtigen, dass der Verwender in der Lage bleiben müsse, die Hardware zu erneuern und einzelne Rechner gegen andere, leistungsstärkere auszutauschen. Der BGH hielt insoweit eine Klausel für zulässig, die die Verwendung einer auf begrenzte Zeit überlassenen Software auf einem im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Rechner leistungsstärkeren Rechner oder auf weiteren Rechnern von der Vereinbarung über die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung abhängig macht.

B.

Aus Sicht des Auftragnehmers (Softwareherstellers) gilt es gesondert zu prüfen, ob auch Mitarbeiter des Auftraggebers an der Softwareerstellung mitwirken und insoweit ein gemeinsames Werk von Miturhebern geschaffen wird. Derlei würde dem Auftragnehmer die Möglichkeit nehmen, die so geschaffene Software ohne Zustimmung des Auftraggebers zu verwerten. Der Auftragnehmer sollte folglich dringend darauf achten, dass er sich Nutzungsrechte an den Leistungen des Auftraggebers beziehungsweise dessen Mitarbeitern ausschließlich, zeitlich, räumlich und gegenständlich ohne besonderes Entgelt einräumen lässt, wobei dann eine Rücklizenzierung an den Auftraggeber im Rahmen der diesem einzuräumenden Rechte an den geschuldeten Gesamtleistungen zu erfolgen hat.

IX. Quellcoderegelungen

Auf die Frage, inwieweit auch und insbesondere bei Erstellung von Individualsoftware gegebenenfalls auch der Quellcode überlassen werden muss, ist der Verfasser bereits in dem Beitrag „Vertragsgestaltung bei Softwareüberlassung auf Dauer (Standardsoftware)“ eingegangen. Die dort angesprochenen Probleme und insbesondere das erhebliche Interesse des Softwareherstellers an der Geheimhaltung seiner Quellcodes geben allemal Anlass, in IT-Projektverträgen detailliert zu regeln, ob, zu welchem Zweck und mit welchen Nutzungsrechten Quellcodes überlassen werden sollen. Die Möglichkeiten entsprechender Regelungen sind vielfältig. Sie reichen von der Überlassung der Software nur im Objektcode über die Hinterlegung bei Dritten (wie zum Beispiel Escrow-Unternehmen, Notare und anderen) über die Hinterlegung beim Auftraggeber selbst bis zur generellen Überlassung des Quellcodes mit weitgehenden oder gar uneingeschränkten Nutzungsrechten.

Generell dürfte ein erhebliches Interesse eines jeden Softwareherstellers bestehen, seinen Quellcode nicht zu offenbaren, gleich ob es sich um den Hersteller einer in großer Zahl absetzbaren Standardsoftware oder den Hersteller einer Individualsoftware handelt (verfehlt insoweit OLG Celle, NJW-RR 1993, 432, 434 ff., das ein solches Interesse nur für den Hersteller von Standardsoftware sieht). Die Hinterlegung oder gar Überlassung von Quellcodes sollte folglich

nur insoweit vorgesehen werden, als dies durch zwingende Interessen des Auftraggebers an der Vertragserfüllung oder eigenen Bearbeitung der überlassenen Software oder etwaiger Teile hiervon gerechtfertigt ist. Doch auch dann muss den Interessen des Auftragnehmers (Softwareherstellers) durch Absicherungen gegen die missbräuchliche Verwendung des Quellcodes oder gar dessen Weitergabe Rechnung getragen werden.

Zu bevorzugen ist insoweit eine Hinterlegung bei Dritten, denen die Verpflichtung auferlegt wird, den Quellcode nur in äußerst eingeschränkten Fällen an den Auftraggeber herauszugeben. Gerade im Fall einer Quellcodehinterlegung beim Auftraggeber selbst sind die Anforderungen an die Hinterlegung und den Schutz vor unbefugtem Zugriff und unbefugter Verwendung detailliert zu regeln. Bei stufenweiser Ablieferung von Software gehört die entsprechende stufenweise Hinterlegung des Quellcodes geregelt, einschließlich der Verpflichtung, Vorversionen wieder zurückzugeben. Im Interesse des Auftraggebers wird es liegen, sich Möglichkeiten zu verschaffen, die Übereinstimmung des Quellcodes mit der jeweiligen Software im Objektcode zu überprüfen. Hier kann sich anbieten, eine gemeinsame Überprüfung mit anschließender Versiegelung des Quellcodes zu vereinbaren. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Beitrag „Quellcode – Hinterlegung und Herausgabe“ verwiesen.

X. Abnahmeregelungen, Mängelklassifikation

Der Besteller eines Werkes ist grundsätzlich zur Abnahme des Werkes verpflichtet, mit welcher der Vergütungsanspruch des Werkunternehmers fällig wird (§§ 640, 641 BGB). Die Abnahme kann nicht wegen „unwesentlicher“ Mängel verweigert werden (§ 640 Abs. 2 S. 2 BGB). Mit Abnahme erlöschen grundsätzlich Erfüllungsansprüche; an deren Stelle treten Mängelansprüche (Nacherfüllung/Mangelbeseitigung, Neuherstellung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadenersatz – §§ 634 ff. BGB). Hierüber hinaus ist zu beachten, dass der Auftraggeber seine Mängelansprüche im Fall der vorbehaltlosen Abnahme trotz Kenntnis eines Mangels weitgehend verliert (§ 640 Abs. 2 BGB). Hinzu kommt, dass der Auftraggeber bis zur Abnahme für die Erfüllung der ihm obliegenden Leistungen und damit auch deren Mangelfreiheit beweisbelastet ist, während nach Abnahme der Auftragnehmer etwaige Mängel nachweisen muss.

All dies zeigt die Bedeutung der Abnahme, weshalb auch und gerade in IT-Projektverträgen detaillierte Abnahmeregelungen getroffen werden müssen. Diese Regelungen sollten bereits bei der Frage ansetzen, wann die geschuldete Leistung (insbesondere Softwareerstellung und Installation) als abnahmereif zu beurteilen ist, das heißt, ob überhaupt in Abnahmetests eingetreten werden muss. Hier bietet sich etwa an, schwerwiegende Mängel wie test- und produktionsverhindernde Mängel (d. h. die Anwendung funktioniert nicht oder eine Fachfunktion/ein Vorgang lässt sich technisch oder fachlich nicht abschließen) von vornherein als Grund für die Verweigerung jeglicher näheren Abnahmeprüfung konkret festzuschreiben. Als die Abnahmefähigkeit ausschließend lassen sich „mittelschwere“ Mängel festlegen, wie insbesondere produktionsbehindernde Mängel (Produktion nur mit Einschränkungen möglich, System arbeitet nicht wie erwartet, aber der Vorgang bzw. die Fachfunktion kann „auf Umwegen“ mit korrekten Ergebnissen etwa über manuelle Nacharbeiten oder alternative Vorgänge abgeschlossen werden) oder eine höhere Anzahl von Bagatellfehlern (System arbeitet nicht wie erwartet, aber die Produktion ist nicht eingeschränkt). Liegen nur wenige Bagatellfehler vor, so wären diese als „unwesentliche Mängel“ kein Grund für eine Abnahmeverweigerung. Rechtzeitig festgelegt werden sollten dann auch die Kriterien für die technischen und sonstigen Voraussetzungen für Abnahmetests und deren Durchführung, die Abnahme selbst und die Dokumentation von etwaigen Mängeln. Sinnvoll ist es, entsprechende Regelungen auch für die Zwischenabnahme von Teilleistungen festzulegen. Dabei darf nicht aus dem Auge verloren werden, dass abgenommene Teilleistungen selbstverständlich auch im Gesamtsystem funktionieren müssen. Sofern derlei nicht im Rahmen folgender Teilleistungen überprüft werden kann, ist diese Prüfung jedenfalls für die Gesamtabnahme vorzusehen. AGB-rechtliche Probleme von Teilabnahmen und insbesondere Abnahmefiktionen sollen hier nicht vertieft werden; entsprechende Regelungen sollten indes nach Möglichkeit individualvertraglich vereinbart werden.

XI. Vergütungsregelungen

Die Einordnung eines IT-Projektvertrags als Werkvertrag unterstellt, ist mangels abweichender Vereinbarungen eine „übliche“ Vergütung geschuldet (§ 632 Abs. 2 BGB) und mit Abnahme des Werkes fällig (§ 641 Abs. 1 BGB). Für in sich abgeschlossene Teile (wie etwa selbstständig nutzbare und in Betrieb zu nehmende Softwaremodule) können Abschlagszahlungen verlangt werden (§ 632a BGB). Von derartigen Abschlagszahlungen zu trennen sind Vorauszahlungen auf noch zu erbringende Leistungen, wie sie häufig vereinbart werden. Die Vereinbarung eines Fest- oder Pauschalpreises ist für den Werkunternehmer (Softwarehersteller) mit nicht unerheblichen Risiken verbunden. Der Besteller/Auftraggeber hingegen geht bei Vereinbarung einer rein aufwandsbezogenen Vergütung erhebliche Risiken ein. Soweit Pauschalpreisregelungen nicht getroffen werden und eine Vergütung vielmehr nur nach Aufwand erfolgen soll, hat der Auftragnehmer allerdings grundsätzlich die Pflicht, den Auftraggeber auf ein durch unvorhergesehene Probleme entstehendes, erhebliches Anwachsen der Kosten hinzuweisen. Dies gilt insbesondere, wenn ein Kostenvoranschlag abgegeben wurde, ohne dass die Gewähr für dessen Richtigkeit übernommen wurde (§ 650 Abs. 2 BGB). Stellt sich heraus, dass das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags ausführbar ist, so kann der Auftraggeber kündigen. Dem Auftragnehmer steht dann nur der Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und der in dieser nicht inbegriffenen Auslagen zu (§§ 650 Abs. 1, 645 Abs. 1 BGB). Gegebenenfalls setzt sich der Auftragnehmer auch Schadenersatzansprüchen des Auftraggebers aus. Werden veranschlagte Preise garantiert, kann der Auftragnehmer auch nur diese fordern. Stets empfiehlt es sich folglich klar zu regeln, unter welchen Voraussetzungen Kostenüberschreitungen möglich sind. Insgesamt ist eine Vielzahl unterschiedlichster Vergütungsregelungen denkbar. Nicht unüblich sind auch Mischformen zwischen Pauschalpreisen und aufwandsbezogenen Vergütungen, um so den beiderseitigen Parteiinteressen gerecht zu werden. Auch hier sind ist Vielzahl von Varianten möglich, wobei strikt darauf geachtet werden sollte, unterschiedliche Vergütungen beziehungsweise Vergütungsteile für klar voneinander abgrenzbare Leistungen beziehungsweise Leistungsteile zu vereinbaren.

Im Fall der Überlassung von Standardsoftware, deren Anpassung auf die Bedürfnisse des Auftraggebers, der Installation dieser angepassten Software im System des Auftraggebers und der anschließenden Migration von „Altdaten“ aus dem bestehenden System des Auftraggebers sowie Schulungsleistungen des Auftragnehmers ließe sich etwa folgende Aufteilung treffen:

Vereinbart wird die Zahlung einer pauschalen Vergütung für die Softwareanpassung, -überlassung und -implementierung, die nur unter engen Voraussetzungen überschritten werden darf.

Diese pauschale Vergütung ist zu einem Teil mit Projektfortschritt zahlbar, nämlich in Form von Abschlagszahlungen für die Erfüllung einzelner Meilensteine/Abnahme und Produktivsetzung in sich abgeschlossener und selbstständig nutzbarer Softwaremodule. Ein weiterer Teil wird mit Abnahme des Gesamtsystems nach Überprüfung der Gesamtfunktionalität aller Module fällig. Ein verbleibender kleinerer Teil wird erst nach Ablauf der Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche fällig (Gewährleistungseinbehalt). Ein entsprechender Gewährleistungseinbehalt sollte durch Bankbürgschaft ablösbar sein. Migrationsleistungen sowie Schulungsleistungen werden hingegen nach Aufwand vergütet.

Regelungsbedürftig sind durchweg auch die Erstattung beziehungsweise Vergütung von Reisekosten und -zeiten. Soweit eine Pflege der zu überlassenden Software – insbesondere bereits während der laufenden Projektdurchführung – vereinbart wird, deren Vergütung sich nach einem bestimmten Prozentsatz der für die Projektrealisierung geschuldeten Vergütung beziehungsweise Vergütungsteile richtet, sind auch diese Größen exakt zu bestimmen. Wird beispielsweise als fortlaufende Pflegevergütung ein bestimmter Prozentsatz der für die Softwareüberlassung des jeweils der Pflege unterfallenden Softwaremoduls geschuldeten Lizenzgebühr vereinbart, so ist diese Lizenzgebühr im Projektvertrag auch gesondert von allen anderen Vergütungsbestandteilen auszuweisen. Unterfällt dem IT-Projektvertrag auch die Überlassung von Hardware oder sonstigen Systemkomponenten, so ist schon im Hinblick auf eine gegebenenfalls streitige Höhe künftiger Minderungsbeträge bei Sachmängeln exakt auszuweisen, welche Vergütungen beziehungsweise Vergütungsbestandteile auf derartige Komponenten im Einzelnen entfallen. Klar zu regeln ist schließlich auch, ob sich ausgewiesene Preise beziehungsweise Preisbestandteile exklusive oder inklusive gesetzlicher Mehrwertsteuer verstehen. Auch unter Kaufleuten gilt: Im Zweifel ist die Mehrwertsteuer im angebotenen Preis enthalten (BGH NJW 2002, 2312 m. w. N.).

XII. Bonus-/Malusregelungen

Bonus-/Malusregelungen sollen Leistungsanreize schaffen, indem erhöhte Vergütungen bei vorzeitigem oder jedenfalls rechtzeitigem Erreichen eines Vertragsziels und/oder Vergütungsminderungen (die ggf. neben Verzugsschadenersatzansprüche treten) für Leistungsverzögerungen vereinbart werden. Die Eignung zur Schaffung von Leistungsanreizen erscheint indes fraglich. Häufig üben bereits die gesetzlichen Verzugsfolgen einen hinreichenden „Druck“ auf den Auftragnehmer aus. Zusätzliche Bonus-/Malusregelungen können das Verhältnis der Vertragsparteien belasten, indem sie polarisieren und zu Interessengegensätzen führen.

XIII. Vertragsstrafen

Vertragsstraferegelungen sind mit Malusregelungen vergleichbar. In beiden Fällen wird der Betroffene im Fall bestimmter Verfehlungen finanziell belastet. Der Malus führt jedoch regelmäßig nur zu einem „Mindererlös“, während die Vertragsstrafe eine Zahlungsverpflichtung begründet. Vertragsstraferegelungen sind auch deutlich verbreiteter und dienen nicht allein dazu, die Verfehlung bestimmter Leistungsziele oder Fristen zu sanktionieren. Mit Vertragsstrafen sanktioniert werden vielmehr häufig auch Verletzungen von Geheimhaltungsregelungen durch eine der Vertragsparteien oder etwa eine abredewidrige Verwendung des Quellcodes durch den Auftraggeber.

Insgesamt lassen sich sowohl Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder Verstöße gegen Unterlassungspflichten sanktionieren. Gerade in den Fällen, in denen die Einhaltung einer Verpflichtung für eine Vertragspartei von besonderer Bedeutung ist, die Bezifferung eines aus einer Pflichtverletzung resultierenden Schadens jedoch nicht oder nur schwer möglich ist (wie insbesondere bei der Verletzung von Geheimhaltungsregelungen und der abredewidrigen Verwendung von Quellcodes), können sich Vertragsstrafen als durchaus sinnvoll erweisen. Sie dienen sowohl als „Druckmittel“ als auch der Durchsetzung von Schadenersatzforderungen. Gesetzliche Regelungen über Vertragsstrafen finden sich in §§ 339 ff. BGB. So kann eine für den Fall der Nichterfüllung versprochene Vertragsstrafe statt der Erfüllung verlangt werden. Wird die Strafe verlangt, so ist der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen (§ 340 Abs. 1 BGB). Die Vertragsstrafe kann als Mindestbetrag eines Schadens wegen Nichterfüllung verlangt werden, die Geltendmachung weitergehender Schäden ist nicht ausgeschlossen, soweit nicht Abweichendes vereinbart ist (§ 340 Abs. 2; 341 Abs. 2 BGB). Wird eine Vertragsstrafe für die nicht „gehörige“, insbesondere nicht zeitgerechte Erfüllung einer Verpflichtung vereinbart, so kann diese nur verlangt werden, wenn sich der Gläubiger dieses Recht bei der Annahme der Leistung vorbehält (§ 341 Abs. 3 BGB). Die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Softwarelieferung schließt daher die Geltendmachung einer für diesen Fall vorgesehenen Vertragsstrafe aus. Eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe kann nach § 343 BGB durch Urteil herabgesetzt werden, was indes für Kaufleute nicht gilt (§ 348 HGB). Im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist eine Überprüfung einer individualvertraglich vereinbarten Vertragsstrafe nur in ganz besonders gravierenden Fällen möglich. Eine formularmäßig vereinbarte Vertragsstrafe muss sich hingegen auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr als angemessen erweisen; sie unterliegt der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle (§ 307 BGB). Unzulässig sind insoweit AGB-mäßige Vertragsstrafen, die auch ohne Verschulden verwirkt werden oder zu einer Kumulierung von Schadenersatz und Vertragsstrafe führen.

XIV. Mängelhaftung, Schadenersatz

Ohne näher auf die umstrittene vertragstypologische Einordnung insbesondere der Erstellung von Individualsoftware einzugehen (Kauf- oder Werkvertrag, Kaufvertrag mit ergänzender Anwendung einzelner Werkvertragsregeln nach § 651 S. 3 BGB) bleibt festzuhalten, dass diese Einordnung insbesondere für die Bestimmung der maßgeblichen gesetzlichen Mängelbestimmungen bedeutsam sein kann. So ist etwa eine werkvertragliche Selbstvornahme nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB im Kaufrecht nicht vorgesehen. Sowohl nach Kauf- als auch nach Werkvertragsrecht begründen indes Mängel Nacherfüllungsansprüche, gerichtet auf Mangelbeseitigung oder Neuerstellung beziehungsweise Nachlieferung (§§ 437 Nr. 1, 439; 634 Nr. 1, 635 BGB), insbesondere bei Unzumutbarkeit oder Fehlschlagen der Nacherfüllung, Rücktritts- oder alternativ Minderungsrechte (§§ 437 Nr. 2, 441; 634 Nr. 3; 636) sowie Schaden- oder Aufwendungsersatzansprüche (§§ 437 Nr. 3, 440; 634 Nr. 4, 636 BGB). Bei Beratungsleistungen, Schulungsleistungen und gegebenenfalls auch sonstige Dienstleistungen umfassenden IT-Projekten können hingegen auch dienstvertragliche Regelungen einschlägig sein (§§ 607 ff. BGB). Liegt der Schwerpunkt indes auf der Softwarelizenzierung kann das Vertragsverhältnis auch mietvertraglich einzuordnen sein, mit der Folge der fortlaufenden und gegenüber dem Kauf- und Werkvertragsrecht weiterreichenden Gewährleistung über die gesamte Nutzungsdauer nach § 536c BGB und Selbstvornahmeansprüchen des „Mieters“ nach § 536a Abs. 2 BGB.

Gerade eine Selbstvornahme (Mangelbeseitigung durch den Auftraggeber selbst) wird der Auftragnehmer/Softwarehersteller durchweg ausschließen wollen, zumal er hierfür regelmäßig

den Quellcode zur Verfügung stellen müsste. Sein Interesse wird vielmehr darin liegen, sich umfassende Nachbesserungsmöglichkeiten vorzubehalten. Auch wird er Rücktrittsrechte des Auftraggebers möglichst weit einschränken wollen. Ferner wird er auch ein erhebliches Interesse daran haben, seine Schadenersatzhaftung – insbesondere hinsichtlich künftiger Vermögensschäden des Auftraggebers – möglichst weit einzuschränken. Anderenfalls geht er das Risiko ein, bereits bei einfachster Fahrlässigkeit der Höhe nach unbeschränkt in die Haftung genommen zu werden. Gerade Schadenersatzansprüche des Auftraggebers – die im Fall eines Rücktritts wegen mangelhafter Leistungen oder Verzugs auch neben Erstattungsansprüche des Auftraggebers treten können und regelmäßig auch treten werden – gehören aus Sicht des Auftragnehmers folglich dem Grunde und der Höhe nach beschränkt. Insgesamt ist es durchweg erforderlich, Gestaltungsmöglichkeiten auszuloten und zu nutzen, die die Risiken insbesondere des Auftragnehmers/Softwarelieferanten kalkulierbar machen, gleichwohl aber auch die Interessen des Auftraggebers an einer zügigen und einwandfreien Umsetzung seines Vorhabens hinreichend zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die nachstehend erläuterten Risiken, die aus einer Rückabwicklung eines gescheiterten IT-Projektes drohen können.

XV. Vertragsdauer, vorzeitige Vertragsbeendigung

Grundsätzlich endet ein als Werkvertrag zu qualifizierender IT-Projektvertrag mit Erfüllung aller wechselseitigen Rechte und Pflichten. Der Vertrag endet folglich regelmäßig mit Ablauf der für Mängelansprüche maßgeblichen Verjährungsfrist. Insbesondere soweit jedoch im Rahmen des IT-Projektes eine nur zeitlich befristete Softwarelizenzierung oder fortlaufende Pflegeverpflichtungen vereinbart sind, werden wegen des dann hinzutretenden Dauerschuldverhältnisses Regelungen zur Laufzeit und zur Vertragskündigung erforderlich. Doch auch ein Werkvertrag kann vorzeitig beendet werden. So begründet etwa § 649 BGB das Recht des Werkunternehmers/Auftraggebers, den Werkvertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit und ohne Angabe von Gründen zu kündigen. Der Auftragnehmer kann in diesem Fall den vereinbarten Werklohn fordern, jedoch unter Abzug ersparter Aufwendungen sowie ferner der durch anderweitigen Einsatz der Arbeitskraft erzielten oder böswillig nicht erzielten Erlöse. Derlei kann den Auftragnehmer in erhebliche Bedrängnis bringen, zumal regelmäßig streitig sein wird, was er denn an Aufwendungen erspart und anderweit erzielt hat beziehungsweise hätte erzielen können. Aus Sicht des Auftragnehmers kann es daher erforderlich sein, Kündigungsrechte des Auftraggebers aus § 649 BGB entweder vollständig auszuschließen oder aber detailliert festzuschreiben, welche konkrete Vergütung ihm im Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung zu stehen soll.

Neben § 649 BGB besteht für den Auftraggeber grundsätzlich auch das Recht, den Werkvertrag fristlos aus wichtigem Grund zu kündigen, insbesondere also im Fall schwerwiegender Vertragsverletzungen des Auftragnehmers, die die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen (z. B. grobe Mängel von Teilleistungen, Fristüberschreitungen, Erfüllungsverweigerung). Ein Vergütungsanspruch besteht in diesem Fall – allenfalls – für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen, soweit diese mangelfrei sind. In entsprechenden Fällen der fristlosen Kündigung werden jedoch in aller Regel auch Schadenersatzansprüche des Auftraggebers begründet sein, die den verbleibenden Vergütungsanspruch aufzehren, wenn nicht gar bei Weitem übersteigen. Insbesondere im Fall des Verzugs des Auftragnehmers oder bei Vorliegen von nicht unerheblichen Mängeln bestehen ferner Rücktrittsrechte des Auftraggebers (§§ 323 Abs. 1, 634, 636 BGB). Im Fall eines Rücktritts sind die wechselseitig erbrachten Leistungen der Parteien zurückzugewähren (zur Rückabwicklung eines IT-Projektvertrags bei Verzug vgl. etwa OLG Köln, CR 2004, 331); daneben können Schadenersatzansprüche des Auftraggebers bestehen.

Eine vollständige Rückabwicklung eines gescheiterten IT-Projekts kann nicht nur für kleine Softwarehersteller den sicheren Gang in die Insolvenz bedeuten. Ergebnisse gar jahrelanger Arbeit werden nicht vergütet, bereits erhaltene Vorauszahlungen sind zu erstatten – jedenfalls soweit sich erbrachte Teilleistungen für den Auftraggeber als nicht verwertbar erweisen – und zusätzlicher Schadenersatz droht. Dem gilt es durch Regelungen vorzubeugen, die eine vollständige Rückabwicklung soweit möglich ausschließen, dem Auftragnehmer/Softwarehersteller bereits gezahlte Teilzahlungen soweit möglich belassen und – wie oben bereits ausgeführt – seine Haftung dem Grunde und der Höhe nach soweit möglich ausschließen beziehungsweise begrenzen. Je weitergehend allerdings Regelungen sind, die für den Auftraggeber dazu führen, dass er nicht vollendete Leistungen bezahlen muss, desto mehr wird auch über korrespondierende Regelungen dafür Sorge getragen werden müssen, dass er in die Lage versetzt wird, erbrachte Teilleistungen selbst fertig zu stellen beziehungsweise fertig stellen zu lassen, etwa durch Überlassung des Quellcodes und weiteren Know-hows. Bei Be- beziehungsweise Einschränkungen von Rückabwicklungsmöglichkeiten des Auftraggebers oder Mängel- und Schadenersatzansprüchen sind überdies die insoweit maßgeblichen – hier jedoch nicht weiter zu vertiefenden – AGB-rechtlichen Grenzen entsprechender Regelungen zu beachten. Je weitergehend die gesetzlichen Rechte und Ansprüche des Auftraggebers beschnitten werden, desto mehr sollte dies Ergebnis individueller, im Einzelnen ausgehandelter Vereinbarungen zwischen den Parteien sein.

XVI. Geheimhaltung und Datenschutz

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unterliegen einem weitgehenden gesetzlichen Schutz nach den §§ 17 ff. UWG. Geheimhaltungspflichten sind regelmäßig auch als vertragliche Nebenpflichten begründet, soweit eine Vertragspartei der anderen im Rahmen der vertraglichen Zusammenarbeit Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse offenbart. Gleichwohl empfiehlt sich die ausdrückliche Vereinbarung detaillierter Geheimhaltungsregelungen schon um klarzustellen, welche konkreten Informationen als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren beziehungsweise geheim zu halten sind. Dies gilt insbesondere für geheimhaltungsbedürftige Kenntnisse über bestimmte Eigenschaften der vertragsgegenständlichen Software und vor allem deren Quellcode. Regelungsbedürftig sind durchweg auch der Umgang mit vertraulichen Unterlagen, Einschränkungen der Weitergabe entsprechender Unterlagen in den Unternehmen der Parteien oder gar an Dritte sowie die Rückgabe oder Vernichtung entsprechender Unterlagen, soweit diese nicht mehr zur Vertragsdurchführung benötigt werden. Da sich Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung von Geheimhaltungspflichten durchweg nur schwer beziffern lassen, sollte die Einhaltung entsprechender Verpflichtungen durch Vertragsstrafen gesichert werden. Weitergehend kann auch ein Interesse des Auftragnehmers bestehen, dass der Auftraggeber das im Rahmen des Projekts erlangte Know-how über die Funktionsweise der Software weder selbst noch gar für Dritte auswertet beziehungsweise verwendet. Auch die Einhaltung entsprechender Auswertungsverbote gehört ausdrücklich geregelt und sinnvollerweise durch Vertragsstrafen gesichert.

Entsprechendes gilt für den Umgang mit sensiblen, insbesondere personenbezogenen Daten. Hier wiederum besteht regelmäßig ein erhebliches Sicherungsbedürfnis des Auftraggebers, der solche Daten in seiner IT verwaltet. Im Rahmen von IT-Projekten etwa in Banken und Versicherungen kann es unvermeidlich sein, dass die mit der Umsetzung von Systemumstellungen befassten Auftragnehmer die Möglichkeit der Kenntnisnahme und des Zugriffes auf entsprechende Daten erhalten. Hier wird es regelmäßig erforderlich sein, Datenschutzregelungen zu treffen. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Beitrag „Rechtsfragen der IT-Security" in diesem Buch verwiesen.

XVII. Schiedsklauseln

Bei den Schiedsvereinbarungen ist zwischen Schiedsgerichts- und Schiedsgutachtervereinbarungen zu unterscheiden. Schiedsgerichtsvereinbarungen dienen dazu, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Derartige Schiedsgerichtsvereinbarungen können als Schiedsklauseln in IT-Projektverträgen oder in einer gesonderten Schiedsabrede getroffen werden (§ 1029 ZPO). Schiedsgutachtervereinbarungen dienen hingegen dazu, einen Dritten – den Schiedsgutachter – Tatsachenumstände feststellen oder Tatfragen entscheiden zu lassen, ohne dass er jedoch bindend entscheiden kann, welche Verpflichtungen der Parteien sich hieraus ergeben; dies bleibt dem staatlichen Gericht vorbehalten (§ 319 BGB). Gerade Schiedsgerichtsvereinbarungen erweisen sich in komplexen IT-Projektverträgen als ausgesprochen sinnvoll. Sie ermöglichen in der Regel eine wesentlich zügigere Entscheidung durch (auch IT-technisch) qualifizierte Schiedsrichter, als dies im Fall einer Auseinandersetzung vor den überlasteten staatlichen Gerichten zu erwarten ist. Vor staatlichen Gerichten sind überdies Spezialkammern für IT-Fragen nach wie vor eine Seltenheit.

Open Source Software im Rechts- und Geschäftsverkehr



Dr. Kay G. H. Oelschlägel
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft



Oliver J. Süme
Richter & Süme

I. Definition und Abgrenzung zu anderen Software-Typen

Open Source Software wird häufig als ein Synonym für gemeinfreie Software angesehen. Dies ist aber mitnichten der Fall. Derjenige, der Open Source Software im Rechts- und Geschäftsverkehr verwendet, sollte Kenntnis darüber besitzen, dass mit der Entwicklung, dem Vertrieb und der Benutzung von Open Source Software bestimmte Rechte und Pflichten verbunden sind. Insofern ist es zunächst wichtig zu wissen, was im rechtlichen Sinne unter Open Source Software verstanden wird.

Open Source Software ist nach deutschem Recht ein urheberrechtlich geschütztes Computerprogramm im Sinne von § 69 a UrhG. Die Besonderheit liegt allerdings darin, dass die urheberrechtlichen Verwertungsrechte dazu verwendet werden, den Nutzer (Verwerter, Veränderer etc.) zur kostenfreien Weitergabe der Software und zur kostenfreien Offenlegung des Quellcodes zu verpflichten. Mit anderen Worten: Dem Nutzer von Open Source Software wird das Recht eingeräumt, die Software kostenlos zu nutzen, wenn er sich ebenfalls zur kostenfreien Weitergabe und Offenlegung des Quellcodes, auch bei Veränderung und/oder Erweiterung der Open Source Software, verpflichtet. Open Source Software unterscheidet sich in diesem Punkt wesentlich von Public Domain Software, Shareware und Freeware.

Public Domain Software ist dadurch gekennzeichnet, dass der Nutzer ein uneingeschränktes und kostenloses Verwertungsrecht an der Software erhält. Der Nutzer kann daher die Software nahezu ohne jegliche Einschränkung benutzen oder verändern. Eine Verpflichtung, Veränderungen oder Erweiterungen der Software auch anderen Nutzern kostenlos zur Verfügung zu stellen, besteht nicht.

Als Freeware wird diejenige Software bezeichnet, die kostenlos zur Benutzung überlassen wird, bei der im Gegensatz zur Open Source Software allerdings nicht der Quellcode offen zu legen ist. Der Nutzer erhält also ein einfaches kostenloses Nutzungsrecht an der Software ohne weitergehende Befugnisse.

Shareware ist dagegen Software, die zunächst kostenlos zur Erprobung überlassen wird und an der auch Veränderungen vorgenommen werden können. Allerdings hat bei Shareware nach der Erprobung eine Registrierung zu erfolgen, bei der ein Entgelt fällig wird. Genau genommen handelt es sich bei Shareware damit um ein Vermarktungskonzept.

A. Einsatzbereiche

Die Einsatzbereiche von Open Source Software sind sicherlich vielfältig. Dennoch eignen sich einige Bereiche besser für ihren Einsatz als andere. Im Basisreport „Linux- und Open Source

Strategien für CIOs“ der Berlecon Research GmbH vom März 2004 werden derzeit fünf Hauptanwendungsbereiche für den Einsatz von Open Source Software unter Betrachtung von deren Vor- und Nachteilen unterschieden. Hierbei handelt es sich um folgende Bereiche:

- Desktop-Betriebssysteme
- Desktop-Anwendungen
- Server-Betriebssysteme
- Open Source Infrastrukturkomponenten
- Embedded Open Source Software

Bei der Embedded Open Source Software handelt es sich um Open Source Software, die in andere Hard- oder Software integriert ist. Die Vorteile bestehen darin, dass diese Softwareprodukte häufig weit verbreitet sind und damit einen gewissen Standard haben. Bei ihnen fallen keine Lizenzkosten an. Zudem ist die Software bis ins kleinste Detail modifizierbar und kann dadurch gut bei der Anpassung an eine spezielle Hardware eingesetzt werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die fünf Hauptanwendungsbereiche für den Einsatz von Open Source Software jeweils tatsächliche und rechtliche Vor- und Nachteile besitzen. Der Nutzer muss sich beim Einsatz von Open Source Software daher jedes Mal selbst die Frage beantworten, ob – neben den tatsächlichen Umständen – die damit verbundenen rechtlichen Vorteile, nämlich der Einsatz von kostenloser und veränderbarer Software, die rechtlichen Nachteile aufwiegen und den Einsatz damit rechtfertigen. Zu den rechtlichen Nachteilen gehören die Verpflichtung zur Offenlegung des Quellcodes bei Veränderungen der Software, geringe Haftungs- und Gewährleistungsrechte sowie mangelnde Softwarepflege. In empfindlichen Unternehmensbereichen ist der Einsatz von Open Source Software daher in der Regel weniger zu empfehlen.

B. Lizenztypen bei Open Source Software

Wie oben dargestellt, zeichnet sich Open Source Software dadurch aus, dass der Nutzer die Berechtigung erhält, die Software kostenlos zu nutzen und zu verändern. Er verpflichtet sich aber auch gleichzeitig, die Software selbst kostenfrei unter Offenlegung des Quellcodes weiterzugeben. Die Rechte und Pflichten werden in so genannten Lizenzbestimmungen festgehalten, denen die jeweilige Software unterliegt. Eine allgemeine Open-Source-Software-Lizenz existiert nicht. Die wichtigsten Lizenzbestimmungen, die auch Ausgangspunkt für die meisten Lizenzarten sind, sind die so genannte General Public License, kurz „GPL“ genannt. Grundlage der GPL ist die Einräumung eines weitgehenden Verwertungsrechts für den Nutzer, durch das ihm die Anfertigung beliebiger Kopien der Software und des Quellcodes sowie deren Veränderung gestattet werden. Die veränderte beziehungsweise die bearbeitete Open Source Software darf der Nutzer wiederum vervielfältigen und verbreiten, sofern er sie der GPL unterstellt und für die Lizenzierung kein Entgelt erhebt.

Neben den GPL existieren zahlreiche weitere Lizenzarten, wie etwa die Gruppe der so genannten BSD-Lizenzen (Apache-Lizenz), die Mozilla-Lizenzfamilie und die Lesser-GPL, die eine besondere Form der GPL für die Nutzung von Software-Bibliotheken darstellt. Auf weitere Einzelheiten der Lizenztypen bei Open Source Software soll hier nicht eingegangen werden, da sie den Rahmen dieses Kurzbeitrags weit übersteigen würden. Es bleibt aber allen Interessierten am Einsatz von Open Source Software anzuraten, zunächst festzustellen, welchem Lizenztyp die in Aussicht genommene Open Source Software unterliegt und welches die wesentlichen Lizenzbestimmungen dieses Lizenztyps sind. Nur dadurch kann verhindert werden, dass im Nachhinein unliebsame Pflichten erfüllt werden müssen, wie beispielsweise die Offenlegung des Quellcodes und die kostenlose Lizenzierung an Dritte bei einer stark veränderten und angepassten Open Source Software an das eigene System.

II. Urheberrechtliche Aspekte

Open Source Software kann auch deutschem Urheberrecht unterliegen. Ist dies der Fall, ist sie als Computerprogramm gemäß § 69 a UrhG geschützt. Bei einem Großteil der auf dem Markt befindlichen Software handelt es sich jedoch um in den USA programmierte Software, an der dem Verwender über die bereits vorgestellte GPL Nutzungs- und Bearbeitungsrechte eingeräumt werden. Dabei handelt es sich allerdings um ein nach US-amerikanischem Recht entwickeltes Vertragswerk. Unabhängig davon, ob die Software auf Basis dieser GPL unverändert genutzt wird – beispielsweise als Betriebssystem – oder ob die Software weiter bearbeitet wird, stellt sich die Frage, inwieweit hier überhaupt deutsches Urheberrecht anwendbar und für die weitere Nutzung einschlägig ist. Dies ist insbesondere deswegen von Bedeutung, weil zwischen amerikanischem und deutschem Urheberrecht grundlegende Unterschiede bestehen: Während das US-Recht einen Verzicht auf das Urheberrecht und eine Übertragung desselben kennt, verbleibt nach deutschem Recht das Urheberrecht stets beim Urheber, der dem Nutzer der von ihm programmierten Software in frei vereinbarem Umfang Nutzungs- und Verwertungsrechte einräumen kann.

Die Frage nach dem jeweils einschlägigen Recht beantwortet sich nach dem im Urheberrecht geltenden so genannten Schutzlandprinzip. Das bedeutet, dass die Entstehung und der Umfang des Urheberrechts nach dem Recht des Landes beurteilt werden, für das Urheberschutz beansprucht wird. Welche Rechte dem Nutzer von Open Source Software bei der Nutzung in Deutschland zu stehen, richtet sich daher grundsätzlich nach deutschem Urheberrecht. Daher würde sich ein nach US-Recht erklärter Verzicht auf das Urheberrecht nicht in Deutschland auswirken, da ein solcher Verzicht nach deutschem Recht nicht möglich ist.

Bei der Beurteilung der urheberrechtlichen Aspekte von Open Source Software und den Folgen der Anwendung der GPL ist daher auf deutsches Recht abzustellen.

A. Urheber von Open Source

In der Praxis stellt sich insbesondere die Frage, wer als Urheber einzuordnen ist. Da jeder, der Open Source Software bearbeitet, seinerseits die Bearbeitung ermöglichen und den jeweiligen Quellcode offen legen muss, ist diese Frage für die sich daraus ergebenden Rechtsbeziehungen von grundlegender Bedeutung.

Rechtlich sind hier drei Konstellationen mit unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen denkbar:

- Miturheberschaft nach § 8 UrhG
- Verbundenes Werk nach § 9 UrhG
- Sukzessive Urheberschaft

Von Miturheberschaft ist immer dann auszugehen, wenn verschiedene Entwickler im Rahmen eines gemeinsamen Konzeptes zusammenwirken und einen gemeinsamen Plan verfolgen. Voraussetzung ist also eine Koordination des Zusammenwirkens, wobei die einzelnen Beiträge der Entwickler nicht gesondert verwertbar sind. Bei der Weiterentwicklung des Betriebssystems Linux beispielsweise steht nicht ein gemeinsames Konzept im Vordergrund, sondern die unabhängige Weiterentwicklung. Hier wäre also keine Miturheberschaft anzunehmen. Handelt es sich nach diesen Kriterien um eine Miturheberschaft, so bilden die einzelnen Urheber eine BGB-Gesellschaft und können daher nur zusammen über die Einräumung von Nutzungsrechten an der gemeinsam erstellten Softwareversion entscheiden. Gleichzeitig haftet jeder von ihnen auch für die anderen.

Demgegenüber handelt es sich um ein verbundenes Werk nach § 9 UrhG, wenn mehrere selbstständig nutzbare Softwarekomponenten verschiedener Urheber miteinander verbunden werden. Hier entsteht zwar ebenfalls eine BGB-Gesellschaft, allerdings kann jeder Urheber weiter eigenständig über seinen Werkteil verfügen. Lediglich bei einer Verfügung über das neue Gesamtwerk bedarf es der Zustimmung der einzelnen Urheber. Am Beispiel des Betriebssystems Linux bedeutet dies wiederum, dass kein verbundenes Werk vorliegt, denn die einzelnen Werkteile sind keine für sich lauffähigen Programme, sondern unselbstständige Bausteine eines Ganzen.

Schließlich ist es das Wesen einer sukzessiven Urheberschaft, dass mit jeder Bearbeitung ein neues, eigenständiges Werk und damit ein eigenes, selbstständiges Urheberrecht geschaffen wird, das vom Urheberrecht am Ausgangswerk unabhängig ist. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass die Bearbeitung durch den oder die Urheber der Ausgangssoftware genehmigt werden muss. Streitig ist in diesem Zusammenhang, ob zwischen den ursprünglichen und den neuen Urhebern ebenfalls eine BGB-Gesellschaft entsteht, oder es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem früheren und dem späteren Bearbeiter handelt. Dies soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden.

Die rechtlichen Folgen der jeweiligen Einordnung von Open Source Software als ein Werk von Miturhebern, als verbundenes Werk oder als sukzessive Urheberschaft sind sowohl für den Urheber als auch für den Verwender von Open Source Software von grundlegender Bedeutung. Denn danach ist zu beurteilen, wer überhaupt über die Nutzungs- und Verwertungsrechte an einer Software verfügen kann. Ist dies geklärt, so sind die weiteren wesentlichen urheberrechtlichen Aspekte der Rechteeinräumung durch die GPL einerseits aus Sicht der Urheber, andererseits aus Sicht der Verwender von Open Source Software zu betrachten.

B. Rechteeinräumung durch GPL

Durch die GPL werden dem Verwender von Open Source Software weit reichende Nutzungs- und Bearbeitungsrechte eingeräumt. Dennoch sind hier einige besondere urheberrechtliche Aspekte hervorzuheben. Dem Verwender werden zunächst sämtliche Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte eingeräumt sowie das Recht zur Veränderung der Software. Dies umfasst grundsätzlich auch die Verbreitung via Internet. Zweifelhaft kann dies allenfalls bei GPL-Versionen von vor 1997 sein. Denn die GPL räumt das Recht zur Verbreitung im Internet nicht ausdrücklich ein, sodass bei älteren Verträgen fraglich sein kann, ob dieser Verbreitungsweg schon erfasst sein sollte. Neue Nutzungsarten nach deutschem Urheberrecht werden bei der Einräumung von Nutzungsarten grundsätzlich nämlich nicht erfasst, wenn sie zum Zeitpunkt der Rechteeinräumung noch nicht bekannt waren. Bei Verträgen nach 1997 spielt dies jedoch keine Rolle.

Nicht ausdrücklich in der GPL aufgeführt ist das Vermietrecht, das insbesondere für die Nutzung einer Open Source Software im Wege des Application Service Providing eine grundlegende Rolle spielt. Die herrschende Meinung sieht das als unproblematisch und verweist darauf, dass das Vermietrecht als Unterfall des Verbreitungsrechts einzuordnen sei. Folgt man hingegen der Mindermeinung, so würde zum einen die Frage eine Rolle spielen, ob die entgeltliche Vermietung der Software nach der GPL möglich ist, die ja gerade auf die kostenlose Überlassung gerichtet ist. Aus diesem Grund würde die kostenpflichtige Vermietung dann nicht mit den Grundsätzen der GPL vereinbar sein. Zum anderen würde auch hier die Frage eine Rolle spielen, ob diese Form der Softwarenutzung zum Zeitpunkt der jeweiligen GPL-Lizenz bereits bekannt war. Im Falle des Linux-Betriebssystems würde dies der Mindermeinung zufolge tatsächlich dazu führen, dass ein Einsatz im Wege des ASP nicht von der GPL gedeckt wäre.

Ein weiterer wesentlicher Grundgedanke von Open Source Software ist das Recht der Bearbeitung und Weiterentwicklung durch den Anwender, das unter der Bedingung eingeräumt wird, dass auch die Weiterentwicklung der GPL unterstellt wird. Es muss also erneut der Quellcode offen gelegt werden. Hier stellt sich die Frage, inwieweit Unternehmen verpflichtet sein können, eine auf Open Source basierte Weiterentwicklung offen zu legen und damit auch Mitbewerbern zugänglich zu machen. Die Verpflichtung zur Offenlegung besteht jedoch nur dann, wenn die Software der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Davon ist in der Regel bei einer unternehmensinternen Weiterentwicklung in kleineren Unternehmen nicht auszugehen. Da die Rechtsprechung für die Frage der Öffentlichkeit im Sinne des Urheberrechts jedoch auch quantitative Kriterien heranzieht, kann für größere Unternehmen tatsächlich die Verpflichtung der Veröffentlichung von weiterentwickelter Open Source Software bestehen. Allerdings ist für die Frage der Veröffentlichungspflicht zu berücksichtigen, ob und zu welchem Anteil die Weiterentwicklung Softwareprodukte enthält, die nicht der GPL unterliegen. Wird unter Verwendung von GPL-Code eine neue, von der Open Source Software unabhängige Software erstellt, die ohne den GPL-Code verbreitet werden kann, dann muss diese Software nicht der GPL unterstellt werden.

Umgekehrt verhält sich der Fall, wenn die Bestandteile nur als Ganzes vertrieben werden können. Im Einzelfall kann diese Abgrenzung durchaus schwierig sein, wenngleich die unterschiedlichen Rechtsfolgen erheblich sind.

Es zeigt sich, dass insbesondere bei einer beabsichtigten Weiterentwicklung oder Neuschaffung von Software auf Basis von Open Source Software in jedem Einzelfall geprüft werden sollte, ob und in welchem Umfang sich die GPL auf die Weiterentwicklung auswirkt. Die rechtlichen Konsequenzen können erheblich sein und müssen daher in die Entscheidungsfindung maßgeblich mit einfließen.

III. Vertragsrechtliche Aspekte

Vertragsrechtliche Aspekte betreffen Fragen ob, zwischen welchen Parteien und mit welchen Rechten und Pflichten ein Vertrag zwischen dem Anbieter und Erwerber von Open Source Software zustande kommt. Während die beiden ersten Bereiche sich regelmäßig nur am konkreten Einzelfall beantworten lassen, kann der letzte Aspekt bis zu einem gewissen Grad auch abstrakt betrachtet werden. Hinsichtlich der Hauptpflichten ist dies bereits oben geschehen. Weitere wesentliche Aspekte, wie Fragen zur Gewährleistung und Haftung, setzen zunächst die Klärung voraus, welcher Vertragstyp bei den unterschiedlichen Vertriebsmöglichkeiten von Open Source Software vorliegt. Im Folgenden soll diese Frage für folgende Vertriebsmöglichkeiten beantwortet werden: die Zurverfügungstellung von Open Source Software durch Download und auf Datenträgern sowie der Vertrieb von Open Source Software zusammen mit anderer Software, anderen Dienstleistungen und mit Hardware.

A. Die Zurverfügungstellung von Open Source Software durch Download

In der juristischen Literatur wird derzeit heftig diskutiert, welcher Vertragstypus beim isolierten Erwerb von Open Source Software vorliegt. Da für den Erwerb der Open Source Software kein Entgelt zu entrichten ist, scheiden alle Vertragstypen aus, bei denen ein Entgelt zu entrichten wäre, wie beispielsweise Kauf. Letztlich wird der isolierte Erwerb von Open Source Software als Schenkung einzustufen sein und damit auch das Schenkungsrecht mit seinen Gewährleistungsregeln zum Tragen kommen. Voraussetzung dafür ist, dass in den GPL keine entsprechenden Regelungen vorhanden oder diese nach dem Recht zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind.

Erfolgt der isolierte Vertrieb von Open Source Software durch Download, müssen grundsätzlich die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312 c ff. BGB beachtet werden. Beachtenswert sind hier im Wesentlichen die Informationspflichten, die sich aus § 312 c BGB für Fernabsatzverträge und aus § Fernabsatzverträge und aus § 312 e BGB für den elektronischen Rechtsverkehr ergeben. Nach § 312 c BGB sind dem Nutzer rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich und unter Angabe des geschäftlichen Zwecks die Informationen zur Verfügung zu stellen, die nach der BGB-Infoverordnung verlangt werden. § 1 Abs. 1 der BGB-Infoverordnung beschreibt detailliert die Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen. Entscheidende Punkte dürften hier die Mitteilung über die Identität des Unternehmers und seine ladungsfähige Anschrift sowie jede andere Anschrift sein, die für die Geschäftsbeziehung maßgeblich ist. Dies kann Schwierigkeiten bereiten, wenn an der Entwicklung der Open Source Software Mehrere beteiligt gewesen sind. Im Zweifel wird aber der Inhaber der registrierten Website, von der die Open Source Software heruntergeladen werden kann, der Vertragspartner des Erwerbers sein.

Ferner verlangen die Informationspflichten die Angabe, dass es sich bei der zur Verfügung gestellten Software um Open Source Software handelt. Besonders bedeutsam ist schließlich noch die Verpflichtung gemäß § 312 c Abs. 2 BGB, nach der der Anbieter von Open Source Software dem Erwerber die Vertragsbestimmungen einschließlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen, also in der Regel die GPL, mitzuteilen hat. Das bedeutet, dass er diese mittels eines klaren und deutlichen Hinweises auf seiner Website ebenfalls zum Download zur Verfügung stellen muss.

Schließlich hat derjenige, der Open Source Software zum Download zur Verfügung stellt, die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312 e BGB zu beachten. Zu diesen Pflichten zählen unter anderem:

- angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Besteller Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann
- die Informationspflichten aus § 3 der BGB-InfoV. Zu diesen Pflichten zählen, dass der Unternehmer vor Abgabe der Bestellung den Besteller klar und verständlich über eine Reihe von Punkten informiert. Er muss ihn über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen, in Kenntnis setzen. Darüber hinaus, hat er die Fragen zu klären, ob der Vertragstext nach Vertragsabschluss vom Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist und wie der Kunde Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und berichtigen kann. Des Weiteren hat er über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen und über sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft, sowie die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Regelwerken zu informieren.
- Übermittlung einer Zugangsbestätigung von der Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege
- dem Besteller die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern

Damit hat derjenige, der Open Source Software zum Download im Internet bereitstellt, eine erhebliche Anzahl von Informationspflichten zu erfüllen. Die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung dieser Informationspflichten sind allerdings eher gering. Die Verbraucherschutzvorschriften sehen grundsätzlich ein Widerrufs- und Rückgaberecht bei Nichteinhaltung der Pflichten beim Fernabsatz und elektronischen Geschäftsverkehr vor. Diese Rechtsfolgen scheiden aber beim Download von Open Source Software aus anderen rechtlichen Gründen aus.

Wenn auch die zivilrechtlichen Folgen gering sind, ist nicht auszuschließen, dass Wettbewerber über das Wettbewerbsrecht versuchen könnten, den Anbieter von zum Download bereitgestellter Open Source Software dazu zu zwingen, die gesetzlichen Informationsvorschriften einzuhalten. Es könnte sich hierbei nämlich um eine unlautere Werbung unter dem Gesichtspunkt „Vorsprung durch Rechtsbruch" handeln. Dies hätte zur Folge, dass Wettbewerber den Anbieter abmahnen könnten und dadurch entsprechende Abmahngebühren auf Seiten des Anbieters anfallen.

B. Die Zurverfügungstellung von Open Source Software auf Datenträgern

Beim Vertrieb von Open Source Software auf einem Datenträger ist es nach der GPL möglich, dass ein Entgelt für die Kopier- und Materialkosten verlangt wird. Dagegen müssen die Nutzungsrechte an der Software weiterhin unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Das bedeutet, dass für den Erwerb des Datenträgers Kaufvertragsrecht nach den §§ 433 ff. BGB Anwendung findet und für die Nutzungsrechte an der Open Source Software weiterhin Schenkungsrecht zur Anwendung kommt. Es handelt sich damit um einen so genannten Typenkombinationsvertrag. Diese Ansicht ist zwar nicht unumstritten, stellt aber nach derzeitigem Stand die herrschende Ansicht dar.

C. Gemeinsamer Vertrieb von Open Source Software und anderer Software

Beim gemeinsamen Vertrieb von Open Source Software mit anderer entgeltlicher und lizenzpflichtiger Software, hängt der Vertragstypus und damit das anzuwendende Vertragsrecht davon ab, ob im Rahmen des Vertriebs eine eindeutige Trennung zwischen der entgeltpflichtigen Software und der Open Source Software aus Sicht des Erwerbers vorgenommen wird. Liegt eine erkennbare und exakte Trennung vor, wird für den Erwerb der entgeltpflichtigen Software Kaufvertrags-recht und für die Open Source Software Schenkungsrecht zur Anwendung kommen. Liegt dagegen keine für den Erwerber erkennbare exakte Trennung vor, wird insgesamt für die erworbene Software Kaufvertragsrecht anzuwenden sein. Das bedeutet, dass dem Erwerber die kaufvertraglichen Gewährleistungsrechte auch in Bezug auf die Open Source Software zustehen.

Der Erwerber hat in Bezug auf die im Softwarepaket enthaltene Open Source Software die Lizenzbestimmungen zu beachten, die für die Open Source Software gelten. Sollten dem Erwerber die Lizenzbestimmungen vom Veräußerer nicht mitgeteilt werden, so ist er grundsätzlich trotzdem verpflichtet, sich an diese Lizenzbestimmungen zu halten. Ist er mit einzelnen Lizenz-bestimmungen nicht einverstanden, weil er beispielsweise eine Veränderung der Open Source Software nicht zusammen mit dem dann neuen Quellcode offen legen will, muss er sich an seinem Veräußerer schadlos halten. Für diese Ansprüche würde dann, bei nicht exakter Trennung der im Softwarepaket vom Erwerber erworbenen entgeltlichen Software und der Open Source Software, Kaufvertragsrecht Anwendung finden.

D. Vertrieb von Open Source Software mit Dienstleistungen

Ein in der Praxis häufig vorkommender Fall des Vertriebs von Open Source Software ist die Kombination der Software mit Handbüchern, weiterer Software und Supportleistungen. In diesen Fällen wird ein einheitlicher Vertrag zwischen dem Kunden und dem Anbieter geschlossen. Dieser Vertrag enthält zwar verschiedene Bestandteile, soll aber aufgrund der Bündelung der Leistungen nur in seiner Gesamtheit betrachtet werden dürfen. Es liegt hier ein Kaufvertrag mit dienstvertraglichen Elementen vor. Das Schenkungsrecht kommt damit nicht zur Anwendung. Auch bei diesem Erwerb von Open Source Software ist allerdings zu beachten, dass die Lizenzbestimmungen der Open Source Software vom Erwerber zu beachten sind. Das bedeutet im Fall der GPL, dass bei Veränderung der Software diese Veränderungen Dritten unter Einschluss des geänderten Quellcodes offen gelegt werden müssen.

E. Verkauf von Hardware mit Open Source Software

In der Praxis kommen häufig Fälle vor, in denen Open Source Software, beispielsweise als vorinstalliertes Betriebssystem beziehungsweise vorinstallierte Software, zusammen mit Hardware veräußert wird. Grundsätzlich wird in diesen Fällen Kaufvertragsrecht auf den gesamten Vertrag anzuwenden sein. Hat der Verkäufer allerdings nicht die GPL beigefügt und nicht ausdrücklich auf den Charakter als Open Source Software hingewiesen, hat er seinerseits gegen die in § 4 GPL statuierten Pflichten verstoßen. Dies hat zur Folge, dass seine Verwertungsrechte unter Umständen entfallen, sodass er auch kein Recht mehr zur Weiterverarbeitung der Software hätte. In diesem Fall erlangt der Käufer ebenfalls kein Recht zur Benutzung der Software, sodass ihm entsprechende Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer zustehen.

IV. Haftung und Gewährleistung

Beim Einsatz von Open Source Software sind, wie bei anderer Software auch, erhebliche potenzielle Schäden und damit Haftungsrisiken zu berücksichtigen. Dabei wird es sich in erster Linie um Schäden durch Betriebsausfälle handeln. Aber beispielsweise beim Einsatz von Open Source Software im Nah-, Fern- und Flugverkehr sind auch Personenschäden durch Softwarefehler nicht ausgeschlossen. Je nach Art und Einsatz der Software in mehr oder weniger sensiblen Unternehmensbereichen spielt es für die Entscheidung für oder gegen Open Source Software daher eine erhebliche Rolle, wie das Gefahrenpotenzial rechtlich zu bewerten ist.

A. Vertragliche Haftung

Die GPL-Lizenzvereinbarung sieht in der Regel in den §§ 11 und 12 eine sehr weit reichende Haftungsbefreiung vor, mit der „das volle Risiko bezüglich Qualität und Leistungsfähigkeit des Programms" bei demjenigen liegt, der die Software einsetzt. Darüber hinaus sieht die GPL vor, dass niemand „für irgendwelche Schäden haftbar" ist. Diese weit reichenden Haftungsbefreiungen sind nach deutschem Recht jedoch nicht wirksam. Denn eine derartige Haftungsfreistellung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – als solche ist die GPL nach deutschem Recht zu qualifizieren –, weicht so erheblich vom Leitbild der einschlägigen Haftungsregelung ab, dass sie unwirksam ist. Die Haftung beurteilt sich daher nicht nach den Regelungen in der GPL, sondern – sofern keine darüber hinausgehende individuelle Vereinbarung getroffen wurde – nach der gesetzlichen Regelung.

Damit ist zunächst maßgeblich, um welchen Vertragstyp es sich bei der Überlassung von Software überhaupt handelt. Wie bereits oben dargestellt, hängt dies wiederum davon ab, ob die Open Source Software ohne weitere Zusatzleistungen kostenlos bezogen wurde oder im Rahmen eines kostenpflichtigen „Bundles" mit anderen Leistungen.

1. Schenkung
Wie bereits dargestellt, wird die kostenlose Überlassung als Schenkungsvereinbarung anzusehen sein. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Schenkende keinerlei Haftung unterliegt, wie oft irrtümlich angenommen wird. Vielmehr gelten die eingeschränkten Haftungsregelungen des Schenkungsrechts, die in den §§ 516 ff BGB enthalten ist. Danach haftet der Schenker für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Voraussetzung für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen, von dem die Open Source Software bezogen wurde, ist also, dass dieser „Schenker" im Zuge der Überlassung der Software einfachste und nahe liegende Überlegungen nicht angestellt hat und Umstände nicht beachtete, die in dem jeweiligen Einzelfall jedem hätten einleuchten müssen. In der Regel muss den Schädiger also ein schweres Verschulden treffen, das in der Praxis nur relativ selten vorkommt und im gerichtlichen Verfahren schwer nachzuweisen ist. Beim weit verbreiteten kostenlosen Internetdownload von Open Source Software sind vertragliche Haftungsansprüche daher begrenzt.

2. Kaufvertrag
Die Haftungssituation wird jedoch anders zu beurteilen sein, wenn die Open Source Software im „Bundle" mit Hardware, weiterer Software, auf CD-ROM oder gemeinsam mit einem Dienstleistungspaket kostenpflichtig bezogen wird. In diesem Fall sind in aller Regel die Vorschriften des gesetzlichen Kaufvertragsrechts auf den gesamten Vertrag anzuwenden, auch wenn Einzelheiten hier juristisch umstritten sein mögen.

In der Konsequenz haftet der Verkäufer hier für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, hat also nicht nur eine grobe Pflichtverletzung zu vertreten, sondern auch einfache Fahrlässigkeit. Um so mehr Bedeutung kommt daher der über die GPL hinausgehenden vertraglichen Regelung zwischen den Parteien zu, in der die Haftung zwischen den Parteien – wie in anderen Softwareverträgen auch – in aller Regel abweichend von den gesetzlichen Regelungen vereinbart werden sollte. In welchem Umfang dies möglich ist, hängt nicht nur von den Vertragsparteien ab. Insbesondere kann bei der Verwendung von AGB in deutlich geringerem Maße von den gesetzlichen Regelungen abgewichen werden als in einem Individualvertrag. Daneben ist es von grundlegender Bedeutung, die zu erbringenden Leistungen, die Vertragspflichten der Parteien und die Eigenschaften der Open Source Software sowie die weiteren Bestandteile des Leistungspaketes zu definieren.

B. Deliktische Haftung
Auch unabhängig vom Bestehen vertraglicher Beziehungen können Schadensersatzansprüche aufgrund so genannter „deliktischer Haftung" in Betracht kommen. Darunter versteht man die Haftung im Falle der Verletzung besonders geschützter Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum. Die deliktische Haftung erfasst jedoch grundsätzlich keine Vermögensschäden.

Würde also der Einsatz von Open Source Software Schäden in Gestalt von Betriebs- und Produktionsausfällen verursachen, so scheidet eine deliktische Haftung in den meisten Fällen aus. Dies wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn es sich um einen Schaden am „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" handelt. Daran wird jedoch als weitere Voraussetzung die so genannte „Betriebsbezogenheit" der Rechtsverletzung geknüpft, an der es beim Einsatz fehlerhafter Open Source Software in aller Regel fehlen wird. Auch insoweit ist die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen also schwierig.

Hinzu kommt, dass im Fall des kostenlosen Bezuges von Open Source Software die Haftungsregeln des Schenkungsrechts (s. o.) die deliktische Haftung überlagern. Auch hier gilt daher in solchen Fällen, dass eine Haftung des Schenkenden nur bei grober Fahrlässigkeit gegeben ist, die in der Regel nicht anzunehmen sein wird. Im Falle des isolierten Bezuges von Open Source Software werden Schadensersatzansprüche also nur äußerst selten durchzusetzen sein. Allerdings ist dies angesichts des kostenlosen Bezugs auch interessengerecht, muss aber insbesondere vom Verwender berücksichtigt werden.

C. Verschuldensunabhängige Produkthaftung
Die Anwendbarkeit der Regelungen des Produkthaftungsgesetzes setzen als Produkt grundsätzlich eine „Sache", also eine wie auch immer geartete Verkörperung voraus. Wird daher eine Open Source Software vom Anbieter über das Internet heruntergeladen oder im Wege des Application Software Providing (ASP) über den Server des Anbieters genutzt, liegt keine Sache im Sinne des Produkthaftungsgesetzes vor. Da das Gesetz aber auch Anwendung findet auf „Elektrizität", wird teilweise diskutiert, ob online heruntergeladene Software als Elektrizität einzustufen ist, da sie eine Veränderung der elektrischen Struktur voraussetzt. Es soll an dieser Stelle jedoch davon ausgegangen werden, dass beim Download und ASP das Produkthaftungsgesetz nicht anwendbar ist. Zumindest bei Open Source Software ist dieses Ergebnis auch interessengerecht, da die unkörperliche Nutzung in aller Regel mit der isolierten, kostenlosen Nutzung einhergeht und eine geringe Haftung daher dem Interesse beider Parteien entspricht.

Wird die Open Source Software jedoch auf einem Datenträger vertrieben, dann ist das Produkthaftungsgesetz grundsätzlich anwendbar. Allerdings besteht auch hier wie bei der deliktischen Haftung keine Haftung für Vermögensschäden, sondern nur für Personen- und Sachschäden. Demgegenüber ist der entscheidende Unterschied, dass es sich hier um eine verschuldensunabhängige Haftung handelt. Auf einen gewissen Fahrlässigkeitsgrad kommt es also nicht an. Maßgeblich ist allein, ob durch einen Fehler der Open Source Software ein Sach- oder Personenschaden verursacht wurde. Bei der Vertragsgestaltung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Regelungen des Produkthaftungsgesetzes weder beschränkt, noch ausgeschlossen werden können.

D. Gewährleistung
Wie bereits bei der Haftung, so enthält auch bei der Gewährleistung die GPL einen vollständigen Gewährleistungsausschluss. Dies führt zu derselben Rechtsfolge, denn auch hier ist dieser Ausschluss nach deutschem Recht unwirksam. Wiederum ist die gesetzliche Regelung einschlägig, sofern keine gesonderte Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wurde. Auch bei der Frage nach der verschuldensunabhängigen Gewährleistung für Fehler und Mängel ist daher zunächst nach der einschlägigen Vertragsart zu fragen.

Liegt eine Schenkung vor, so haftet der Schenker nur für arglistig verschwiegene Mängel. Auch für fehlende Nutzungsrechte wird nur gehaftet, wenn der Schenkende positive Kenntnis von entgegenstehenden Rechten Dritter hatte. Die Gewährleistungsrechte führen daher nicht wie sonst zu den verschuldensunabhängigen Ansprüchen auf Minderung, Wandlung oder Nachbesserung, sondern unter der Voraussetzung entsprechenden Verschuldens nur zu Schadensersatzansprüchen.

Wie bei der Haftung so ist auch die Gewährleistung anders zu beurteilen, wenn die Open Source Software als Teil eines gemischten Vertrages kostenpflichtig bezogen wird. Auch hier ist in diesem Fall Kaufvertragsrecht anwendbar – mit der Folge, dass dem Käufer im Falle von Softwarefehlern sämtliche Ansprüche auf Nachbesserung, Minderung und Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden zustehen. Auch wenn der Vertrag neben der Überlassung von beispielsweise Handbüchern in erster Linie durch eine miterbrachte Dienstleistung kostenpflichtig wird, ist in der Regel auf den gesamten Vertrag Kaufvertragsrecht anzuwenden. Dies können die Vertragsparteien nur dadurch ausschließen, dass sie die Entgeltlichkeit des Vertrages ausdrücklich und unmissverständlich auf die jeweilige Zusatzleistung beziehen – mag es der Datenträger oder die miterworbene Hardware sein. Gleichzeitig sollte darauf hingewiesen werden, dass die Software selbst kostenlos ist.

Rechtliche Besonderheiten beim Softwarevertrieb



Dr. Flemming Moos
Luther
Rechtsanwalts-
gesellschaft

Im Folgenden werden rechtliche Besonderheiten und praxisrelevante Regelungsmodalitäten beim Vertrieb von Software dargestellt. Den Schwerpunkt bilden dabei Vertriebsmodelle, bei denen der Hersteller Dritte als Vertriebspartner einschaltet. Besonderheiten des Softwarevertriebs ergeben sich dabei zum einen bei der Gestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Hersteller und Vertriebspartner beziehungsweise zwischen Händlern auf mehreren Vertriebsstufen; zum anderen im Verhältnis zwischen dem Vertriebspartner und den Endkunden. Daneben ergeben sich Eigenheiten des Softwarevertriebs bei softwarespezifischen Vertriebsmodellen, wie beispielsweise dem gekoppelten Vertrieb mit Computerhardware im Rahmen des OEM-Vertriebs.

Für die im Rahmen des Softwarevertriebs auftretenden Rechtsfragen ist kennzeichnend, dass das deutsche Recht insoweit keine softwarespezifischen vertriebsrechtlichen Regelungen vorsieht, sondern die allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen sowie die kartellrechtlichen Vorschriften für die Gestaltung der Vertriebsbeziehungen maßgeblich sind. Daneben spielen auch lizenzrechtliche Bestimmungen eine Rolle.

I. Die unterschiedlichen Vertriebsformen

Für den Vertrieb von Software sind zwei verschiedene Vertriebswege etabliert. Bei Individualsoftware ist ein Vertrieb direkt durch den Hersteller an den Endkunden üblich, da für deren Entwicklung und Anpassung meist der unmittelbare Kontakt zwischen Hersteller und Kunden unverzichtbar ist. Demgegenüber hat sich bei Standardsoftware, insbesondere wenn es sich um Massensoftware handelt, die Einschaltung Dritter als allgemein übliche Vertriebsform durchgesetzt. Derartige Vertriebsmodelle bieten sich insbesondere auch für ausländische Hersteller an, die sich durch die Einschaltung eines nationalen Vertriebspartners dessen bestehende Kundenbeziehungen zunutze machen können und sich dadurch zugleich die Investitionen in den Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes ersparen. Daneben finden sich auch Mischformen, bei denen der Hersteller ein Basisprogramm an den Vertriebspartner liefert, der das Programm dann auf die Bedürfnisse der Kunden einstellt. Diese Mischform ist als so genanntes Customizing durch Systemhäuser bekannt.

Der Direkt- beziehungsweise Eigenvertrieb von Software unmittelbar durch den Hersteller an den Endkunden unterliegt grundsätzlich keinen vertriebsrechtlichen Besonderheiten. Die Softwareüberlassung vollzieht sich nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen (also üblicherweise nach dem Kauf-, Werk- oder Mietrecht). Lediglich bei der lizenzrechtlichen Gestaltung können sich Besonderheiten ergeben. Im Falle des Drittvertriebs, der auf verschiedene Arten denkbar ist, sind dagegen eine Reihe rechtlicher Besonderheiten zu beachten.

II. Formen des Drittvertriebs und deren rechtlich relevante Unterschiede

Entsprechend den handelsrechtlichen Vertriebsformen ist bei Softwareprodukten ein Vertrieb durch Dritte auf folgende drei Arten denkbar:

- Softwarevertrieb über Handelsvertreter,
- Softwarevertrieb über Vertrags- oder Eigenhändler sowie
- Softwareabsatz mittels Kommissionären.

Diese drei Vertriebsformen unterscheiden sich insbesondere durch den Grad der Einbindung des Vertriebspartners in die Organisation des Herstellers. Ein vom Hersteller eingeschalteter Handelsvertreter übernimmt den Vertrieb der Software im Namen und für Rechnung des Herstellers und erhält für seine Vertriebstätigkeit eine Provision und gegebenenfalls bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses einen Ausgleich für den Aufbau des dem Hersteller verbleibenden Kundenstammes. Für den Hersteller hat eine solche Gestaltung den Nachteil, dass er dem Kunden gegenüber unmittelbar für Mängel einzustehen hat. Andererseits ermöglicht der Aufbau eines Handelsvertreternetzes dem Hersteller eine größere Kontrolle über den Vertrieb seiner Software und über die Vertriebsbedingungen.

Im Unterschied zu einem Handelsvertreter tritt ein Vertrags- beziehungsweise Eigenhändler dem Kunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelnd gegenüber. Da er die Software von dem Hersteller erwirbt, trägt er auch das wirtschaftliche Risiko des Vertriebs einschließlich etwaiger Gewährleistungs- und Haftungsrisiken gegenüber dem Endkunden. Er ist insoweit seinerseits gehalten, mit dem Hersteller einen entsprechenden Rückgriff für Haftungsansprüche zu vereinbaren. Der Hersteller kann sich im Rahmen einer entsprechenden Gestaltung des Vertriebsmodells daher zumindest von einer unmittelbaren Geltendmachung von Mängelansprüchen durch Endkunden freihalten, allerdings erlaubt ihm die Einschaltung eines Vertragshändlers nur eingeschränkte Einflussmöglichkeiten auf die Gestaltung der Vertriebsbedingungen.

Die vertragliche Gestaltung des Vertriebs über einen Vertragshändler kann zum einen kaufrechtlich erfolgen, indem der Hersteller von ihm selbst hergestellte Datenträger der Software liefert, die durch den Vertragshändler an weitere Zwischenhändler oder Endkunden weiter vertrieben werden. Dies erfolgt typischerweise etwa im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages, der neben den kaufrechtlichen Elementen zusätzlich Regelungen über die Nutzung bestehender Kennzeichenrechte, die Erbringung von Pflegeleistungen oder – soweit zulässig – Vorgaben für den Weitervertrieb vorsehen kann. Eigene Nutzungsrechte des Vertriebspartners außerhalb des Vertriebs der Software spielen dabei regelmäßig keine Rolle. Anders stellt sich dies dar, wenn der Vertragshändler auf der Grundlage einer ihm zur Verfügung gestellten Masterkopie der Software die weiter zu vertreibenden Softwarekopien selbst produziert. Bei einem derartigen Vertriebsmodell steht weniger die kaufrechtliche Beurteilung im Vordergrund als die „lizenzrechtliche" Einräumung von Vervielfältigungsrechten an der Software und von Verbreitungsrechten an den Vervielfältigungsstücken. Zwischen den beiden genannten Vertriebsformen steht der Vertrieb über einen Kommissionär, der zwar die Software im eigenen Namen vertreibt, jedoch auf Rechnung des Herstellers.

A. Beachtung des Handelsvertreterrechts beim Drittvertrieb

Bei der Ausgestaltung der Vertriebsverträge ist zunächst der Rechtsrahmen des Handelsvertreterrechts gemäß §§ 84 ff. HGB zu beachten. Insbesondere muss der Hersteller dem Handelsvertreter gemäß § 86 a HGB die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen, wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbedrucksachen und Geschäftsbedingungen, zur Verfügung stellen. Ferner ist der Hersteller verpflichtet, dem Handelsvertreter unverzüglich die Annahme oder Ablehnung eines vom Handelsvertreter vermittelten oder abgeschlossenen Vertrages und die Nichtausführung eines von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfts mitzuteilen. Gemäß § 87 Abs. 1 HGB hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten abgeschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Diese Provision wird grundsätzlich fällig, sobald der Hersteller das vermittelte Geschäft ausgeführt hat.

Von besonderer Bedeutung ist insoweit auch der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gemäß § 89 b Abs. 1 HGB, der gemäß § 89 b Abs. 4 HGB nicht im Voraus ausgeschlossen werden kann. Danach kann der Handelsvertreter von dem Hersteller bei Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit der Hersteller aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile zieht. Dies trifft zu, wenn und soweit von dem Handelsvertreter vermittelte Verträge durch den Hersteller auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages fortgeführt werden. Voraussetzung für den Anspruch des Handelsvertreters auf Ausgleichszahlung ist allerdings, dass die Zahlung unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht.

Bezüglich der Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechts ist wichtig zu wissen, dass nach der Rechtsprechung des BGH die Regelungen über den Handelsvertreter gemäß §§ 84 ff. HGB auf Vertragshändler unter Umständen analog anzuwenden sein können. Dies ist nach der Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn der Vertriebspartner derart in die Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert ist, dass er nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise in erheblichem Umfang einem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen und zum Beispiel dem Hersteller bei Beendigung des Vertragsverhältnisses seinen Kundenstamm zu übertragen hat. Bei der Festlegung der Rechte und Pflichten der Parteien des Vertriebsvertrages ist deshalb besondere Sorgfalt geboten.

B. Beachtung der Kartellrechtskonformität von Vertriebsvorgaben beim Drittvertrieb

Die im Bereich des Drittvertriebs geschlossenen Vertragsbeziehungen unterliegen kartellrechtlichen Beschränkungen, soweit die Wettbewerbsfreiheit durch Vertriebsvorgaben beschränkt wird. Die Vertriebsverträge sind in diesen Fällen an § 1 GWB und Art. 81 und 82 EGV sowie den insoweit geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen zu messen, die gemäß der dynamischen Verweisung in § 2

Abs. 2 GWB seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 im nationalen Recht analog anzuwenden sind. Zu berücksichtigen ist hierbei neben der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (GVO-VV) insbesondere die zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO). Sie enthält unter den dort beschriebenen Voraussetzungen für Vereinbarungen über Software-Lizenzen einschließlich Liefer- und Vertriebsvereinbarungen eine pauschale Freistellung vom Kartellverbot.

Software-Lizenzverträge fielen nach herrschender Meinung vormals nicht unter die TT-GVO, da nur Patent- und Know-how-Lizenzen erfasst wurden. Dies hat sich jedoch geändert. Gemäß Art. 1 Abs. 1 b) gilt die TT-GVO jetzt ausdrücklich auch für Softwarelizenz-Vereinbarungen. Der Wortlaut der TT-GVO lässt zwar offen, ob auch Softwarevertriebslizenzen von der TT-GVO erfasst werden sollen. Dies dürfte aber dann der Fall sein, wenn dem Vertriebspartner nur eine Masterkopie der Software zur Verfügung gestellt wird und er die weiter vertriebenen Softwarekopien selbst herstellt. In diesen Fällen erscheint eine Prüfung der Lizenzklauseln im Einzelfall angezeigt, wenn und soweit der Anwendungsbereich der EG-Kartellrechtsvorschriften im Übrigen eröffnet ist. Eine Prüfung der Lizenzklauseln ist also insbesondere dann vorzunehmen, wenn die erforderliche „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der so genannten „Bagatellbekanntmachung“ der Kommission gegeben ist.

Kauft der Vertriebspartner die Software ein, um diese frei an Dritte zu veräußern, ergeben sich zunächst keine kartellrechtlichen Besonderheiten, soweit der Vertriebsvertrag nicht Einzelbeschränkungen im Sinne der Art. 4 und 5 TT-GVO und GVO-VV, etwa in Form von Beschränkungen für die Festlegung von Verkaufspreisen, enthält. Die TT-GVO unterscheidet hinsichtlich der von der Freistellung ausgenommenen Kernbeschränkungen zusätzlich nach Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und solchen zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen. Für die letztere Art von Vereinbarungen erleichtert die TT-GVO die Möglichkeit einzelner Beschränkungen, so etwa hinsichtlich der Festsetzung von Höchstverkaufspreisen oder dem Aussprechen von Preisempfehlungen gem. Art. 2 Abs. 2 a) TT-GVO.

Häufig erfolgt der Vertrieb über selektive Vertriebssysteme im Sinne von Art. 1 k) TT-GVO beziehungsweise Art. 1 d) GVO-VV. Bei diesen Systemen werden die Lieferanten dazu angehalten, nur Händler zu beliefern, die bestimmten Selektionskriterien entsprechen. Dazu zählen insbesondere eine entsprechende fachliche Eignung, der Einsatz entsprechend qualifizierten Personals oder die angemessene sachliche Ausstattung. Auf Händlerseite wiederum ist zudem eine Begrenzung des Weiterverkaufs an andere Händler vorgesehen, die diese Selektionskriterien erfüllen. Hierdurch kann aus Sicht des Herstellers eine kontrollierte Verbreitung sichergestellt werden. Zulässig sind derartige selektive Vertriebsmodelle, wenn das vertriebene Produkt zur Qualitätssicherung oder aus Imagegründen eine Selektion der Vertriebspartner erfordert, die Selektionskriterien objektiver und qualitativer Natur sind und keine diskriminierende Handhabung erfolgt. Diese zu Art. 81 EGV verwendeten Kriterien werden in entsprechender Weise auch im Rahmen von § 1 GWB angewandt.

Zum Teil werden mit dem Vertriebspartner auch Ausschließlichkeitsvereinbarungen mit der Zuordnung festgelegter Vertragsgebiete geschlossen, kraft derer ein aktiver Vertrieb im Vertragsgebiet nur durch den jeweiligen Vertriebspartner erfolgen darf. Auch solche Alleinvertriebsvereinbarungen können gemäß Art. 4 Abs. 1 c) und Abs. 2 b) der TT-GVO beziehungsweise Art. 4 b) der GVO-VV unter bestimmten Voraussetzungen vom Kartellverbot freigestellt sein.

III. Beachtung der Kartellrechtskonformität von Nutzungsbindungen und -beschränkungen

Auch wenn es sich bei der durch den Vertriebspartner zu vertreibenden Software um Standardsoftware handelt, sollen von dem Vertriebspartner manchmal auch kundenspezifische Weiterbearbeitungen oder Anpassungen vorgenommen werden. Um bei einer solchen Konstellation möglichst sicher zu gehen, dass gegenüber den Endabnehmern bestimmte Nutzungsrechtsbeschränkungen und Verpflichtungen mit urheberrechtlicher oder zumindest schuldrechtlicher Wirkung bestehen, ist es ratsam, den Vertriebspartner in die lizenzvertragliche Kette aufzunehmen, das heißt dem Vertriebspartner eine Nutzungslizenz einzuräumen, die das Recht umfasst, Unterlizenzen an Endabnehmer zu erteilen. Problematisch und in der Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärt ist dabei allerdings, inwieweit eine solche Gestaltung mit den kartellrechtlichen Vorschriften gemäß § 1 GWB beziehungsweise Art. 81 EGV vereinbar ist. Die Rechtslage im Hinblick auf Softwarevertriebskonstellationen, die eine Aufnahme des Vertriebspartners in die Lizenzierungskette erfordern, ist noch relativ unsicher, da entsprechende Entscheidungen bislang ausstehen. So verbieten § 1 GWB und Art. 81 EGV grundsätzlich Vereinbarungen zwischen Unternehmen, soweit sie einen Beteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Geschäftsbedingungen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt.

In der Literatur wird jedoch die Ansicht vertreten, dass sämtliche Vorgaben an die Vertreiber, die zur Sicherung des urheberrechtlichen Exklusivrechts des Software-Herstellers notwendig sind, auch kartellrechtlich erlaubt sind. Das heißt, dass sie in der Regel schon von den Kartellverboten nicht erfasst werden. Insoweit seien insbesondere die den bestehenden Gruppenfreistellungsverordnungen zugrunde liegenden Wertungen zu berücksichtigen. Daraus folgt im Ergebnis, dass die kartellrechtliche Beurteilung weitgehend parallel zur urheberrechtlichen Beurteilung ausfällt. Das hat zur Folge, dass etwaige in dem Vertriebsvertrag vorzusehende Weitergabe-, Programmänderungs- und Bearbeitungsverbote, die vom Urheberrecht gedeckt sind, keine Marktstörung entfalten und deshalb kartellrechtlicher Kontrolle nicht unterliegen würden. Um das Risiko der Nichtigkeit solcher Regelungen wegen eines Kartellrechtsverstoßes vollständig auszuschließen, wäre es möglich, die Vereinbarung bei der zuständigen Kartellbehörde anzumelden, um gegebenenfalls eine Einzelfreistellung dieser Klausel zu erhalten.

IV. Besonderheiten bei Koppelung des Softwarevertriebs mit einem Pflegevertrag

Teilweise wollen die Hersteller den Vertriebspartner verpflichten, beim Absatz der Software zugleich einen Software-Pflegevertrag in Bezug auf diese Software im eigenen Namen abzuschließen

beziehungsweise für den Hersteller zu vermitteln. Eine obligatorische Koppelung des Softwareabsatzes durch den Vertriebspartner mit dem gleichzeitigen Abschluss eines Pflegevertrages dürfte vom Inhalt des Rechtsschutzes für Software aber grundsätzlich nicht mehr gedeckt sein und unterläge demnach jedenfalls der kartellrechtlichen Kontrolle im Rahmen von Art. 81 EGV beziehungsweise § 1 GWB.

V. Beachtung der AGB-Vorschriften

Vertriebsverträge werden meistens in Form eines Formularvertrages geschlossen, der von dem Software-Hersteller mehrfach verwendet wird und deshalb den Vorschriften zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gemäß §§ 305 ff. BGB unterfällt. Software-Hersteller müssen in solchen Fällen vor allem darauf achten, dass die Vertragsklauseln der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB standhalten. Kritisch sind dabei oft Regelungen zur Vergütungsminderung, zu Schadensersatzpauschalen und zu Vertragsstrafen sowie zu außerordentlichen Kündigungsrechten für den Fall, dass der Vertriebspartner Vorgaben von Umsatz- oder Absatzzielen nicht erreicht. Bei solchen Klauseln ist darauf zu achten, dass die Sanktion nicht außer Verhältnis zur Schwere des Vertragsverstoßes steht.

VI. OEM-Vertrieb und Shrink-Wrap- beziehungsweise Enter-Verträge

Viele Hersteller von Massensoftwareprodukten versuchen trotz des Vertriebs über Händler, Nutzungsbindungen und -beschränkungen unmittelbar gegenüber den Endkunden durch rechtliche oder technische Maßnahmen durchzusetzen. Weit verbreitet sind die Varianten des OEM-Vertriebs und der so genannten „Shrink-Wrap-“ oder „Enter-Verträge“.

OEM steht für „Original Equipment Manufacturer“. Kennzeichnend für den OEM-Vertrieb ist das Bestreben des Herstellers, jeden Erwerber der Software (also sowohl den Zwischenhändler als Vertriebspartner als auch die Endabnehmer) zu verpflichten, die Software nur in Verbindung mit einem bestimmten anderen Produkt (in der Regel einem PC) zu vertreiben. Hintergrund dafür ist der zumeist stark verbilligte Kaufpreis für die Software als Teil des Gesamtpakets und das darauf gründende Interesse der Hersteller, die Verkehrsfähigkeit dieser Software-Produkte so weit wie möglich einzuschränken. Das Verbot der gesonderten Veräußerung der Software kommt üblicherweise durch Aufdrucke wie „Verkauf nur in Verbindung mit einem neuen PC“ zum Ausdruck.

Eine solche Vertriebsbeschränkung mittels OEM-Klausel entfaltet jedoch nur eingeschränkt Wirksamkeit. Insoweit ist zu unterscheiden zwischen der Wirkung gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner und etwaigen Folgeerwerbern. Ausschlaggebend dafür ist, dass der Hersteller mit den Folgeerwerbern üblicherweise selbst keine Vertragsbeziehung unterhält. Die Vertriebsbeschränkung würde ihnen gegenüber nur greifen, wenn sie mit so genannter „dinglicher Wirkung“, also mit Wirkung gegenüber jedermann möglich wäre. Diese Frage der dinglichen Wirkung von OEM-Klauseln ist für die Praxis durch ein BGH-Urteil aus dem Jahre 2000 entschieden. Danach steht der dinglichen Wirksamkeit von OEM-Klauseln der so genannte Erschöpfungsgrundsatz gemäß § 17 Abs. 2 UrhG entgegen. Er besagt, dass der Hersteller in Bezug auf Vervielfältigungsstücke, die von ihm oder mit seiner Zustimmung im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind, nicht mehr berechtigt ist, die Einhaltung der Beschränkung des Verbreitungsrechts durch Dritte zu kontrollieren. Im Interesse der Verkehrsfähigkeit soll der Hersteller nicht mehr auf die weitere Verbreitung Einfluss nehmen können. Das bedeutet, dass der Hersteller keine urheberrechtliche Handhabe gegen Erwerber hat, die OEM-Software unter Missachtung der Hardwarebindung gesondert weiterveräußern. Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH lediglich die Möglichkeit des Software-Herstellers, den Endkunden Verbreitungsbeschränkungen im Rahmen eines Direktvertriebs aufzuerlegen. Der Hersteller kann also allenfalls dann, wenn zwischen ihm und dem Endkunden ein Vertrag über die Überlassung der Software besteht, die Verbreitung durch den Endkunden vertraglich beschränken.

Beim Software-Vertrieb über Dritte erfolgt die Einräumung von Nutzungsrechten an der Software grundsätzlich durch den Vertragshändler, der dem Endkunden als Vertragspartner gegenübertritt. Eine besondere Problematik ergibt sich dabei aus so genannten „End User License Agreements“ (EULA). Über die EULA versuchen Hersteller, eigene Nutzungsregelungen gegenüber dem Endkunden zu etablieren. Diese werden oft als „Shrink-Wrap-Agreements“ (auch „Schutzhüllenverträge“) oder „Enter-Agreements“ vorgesehen. Das sind Bestimmungen, die mit Öffnung der Verpackung beziehungsweise mit einem Drücken der „Enter-Taste“ bei der Installation der Software in Kraft treten sollen. Da dies jedoch regelmäßig nach dem Abschluss des Kaufvertrages über die Software erfolgt, können auf diese Weise keine wirksamen Nutzungsbeschränkungen vereinbart werden, denn für den Endkunden besteht vor Vertragsschluss insoweit keine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme, wie es § 305 Abs. 2 BGB verlangt. Wirksam in den Vertrag einbezogen sind entsprechende Nutzungsbeschränkungen deshalb nur dann, wenn diese mit den Nutzungsbeschränkungen des Vertriebspartners identisch sind oder der Vertriebspartner ausdrücklich auf die ergänzenden Bedingungen des Herstellers hinweist. Der Vertriebspartner muss dem Endkunden zudem die Möglichkeit verschaffen, sich über die Ergänzung vollständig zu informieren.

Im Übrigen verbleibt dem Hersteller allenfalls die Möglichkeit, im Rahmen einer Produktregistrierung ein eigenes Vertragsverhältnis zu dem Endkunden zu begründen. Kraft dessen kann er besondere Leistungen, wie zum Beispiel einen Telefon-Support, erbringen und so in das Vertragsverhältnis die EULA-Bedingungen einbeziehen.

Quellcode – Hinterlegung und Herausgabe



Malte Gosau
Easynet

Im anglo-amerikanischen Raum ist sie bereits gang und gäbe, in Deutschland fristet sie eher ein Schattendasein: Die Quellcodehinterlegung oder auch Source Code Escrow genannt. Sie beschreibt die Hinterlegung des Quellcodes von Software bei einem vertrauenswürdigen Treuhänder. Bei der vertraglichen Ausgestaltung gibt es jedoch juristische „Tretminen", denen es auszuweichen gilt.

I. Der Quellcode als gut gehütetes Geheimnis

In jüngster Vergangenheit ist vermehrt von Open Source Software als Alternative zu gängiger, kommerzieller Software die Rede. So gibt es zum Beispiel Linux als Alternative zu den gängigen Microsoft Betriebssystemen oder Mozilla (Firefox) als Alternative zum meist genutzten Internetbrowser, dem Microsoft Internet-Explorer. Während der Nutzer bei kommerzieller Software in der Regel nur den so genannten „Objektcode" übermittelt bekommt, steht bei Open Source Software der hinter dem Objektcode liegende Quellcode für jedermann zugänglich im Internet zur Verfügung. Der Objektcode stellt lediglich eine ausführbare Version des eigentlichen Programms, des Quellcodes, dar. Um eine Software verändern, anpassen, modifizieren oder pflegen zu können, benötigt jedoch jeder Programmierer den Quellcode der betreffenden Software. Selbst wenn die Rückverfolgung vom Objektcode auf den Quellcode technisch möglich wäre, ist ein solches „Dekompilieren" grundsätzlich unzulässig. Die Ausnahmen beschreibt § 69 e UrhG, wonach ein Dekompilieren zur Herstellung der Interoperabilität mit anderen Programmen unter den dort genannten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig ist.

In der Regel besteht für einen Softwareanwender oder auch Lizenznehmer kein Bedarf, den Quellcode der von ihm genutzten Software zu erhalten. Der Anwender wird häufig einen Wartungs- beziehungsweise Pflegevertrag mit dem jeweiligen Anbieter abschließen, sodass ein Bedarf zur eigenständigen Pflege der Software überhaupt nicht besteht. Daneben stehen selten erfahrene Programmierer zur Verfügung, welche in der Lage sind, den Quellcode nach den Wünschen der Anwender zu bearbeiten. Davon abgesehen hat der Softwareanbieter kein Interesse, den Quellcode seiner Software offen zu legen, da er nahezu das gesamte Kapital des Unternehmens widerspiegelt. So ist zum Beispiel der Quellcode von Microsofts Betriebssystem Windows ein gut gehütetes Geheimnis.

II. Wenn der Anbieter in die Insolvenz geht

Wenn der Softwareanbieter seine Pflichten aus dem Softwarepflegevertrag nicht mehr erfüllen kann oder will, kann es für den Anwender der Software kritisch werden. Die Nichterfüllung der Pflichten kann mehrere Gründe haben. Eine Möglichkeit ist die unberechtigte Kündigung des Softwarepflegevertrages und/oder die Verweigerung der Pflegeleistung aus unterschiedlichsten Gründen. Zwar mag der Lizenznehmer in diesem Fall weiterhin einen vertraglichen Anspruch auf die geschuldete Leistung haben, dieser muss dann jedoch meist gerichtlich geltend gemacht

werden. Bei einer Verweigerung der Leistung können jedoch meist nur noch Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Diese mögen für den Anwender, der an einer funktionierenden Software interessiert ist, jedoch nicht hilfreich sein.

Am häufigsten kommt aber die Insolvenz des Softwareanbieters als ein solch kritischer Moment in Betracht. Der einfache Kauf von Standardsoftware ohne Wartungsvertrag ist grundsätzlich unproblematisch, da der Vertrag mit Übertragung der Software erfüllt ist. Bei Softwarelizenzverträgen mit monatlichen oder jährlichen Lizenzgebühren oder beim Softwarekauf mit angeschlossenen Softwarewartungsverträgen bestehen jedoch Besonderheiten im Insolvenzfall. Diese Verträge werden juristisch als Dauerschuldverhältnisse eingestuft, bei denen der vom Gericht bestellte Insolvenzverwalter nach § 103 der Insolvenzordnung ein Wahlrecht hat. Wählt er die Erfüllung des Vertrages, sind Schwierigkeiten des Lizenznehmers regelmäßig nicht zu erwarten, da alles so weiter laufen sollte wie vor der Insolvenzeröffnung. Der Insolvenzverwalter kann die Erfüllung des Vertrages aber auch ablehnen. Dann läuft der Anwender Gefahr, keine Rechte aus dem Softwarevertrag mehr herleiten zu können. Dies kann sowohl das Lizenzrecht als auch die vereinbarte Softwarepflege betreffen. Im Einzelfall kann dies eine Untersagung der weiteren Nutzung der Software bedeuten. Die Anwendbarkeit von § 103 InsO auf Softwarelizenzverträge wurde zuletzt durch das Landgericht Mannheim bestätigt (Urteil vom 27. Juni 2003 – 7 O 127/03).

III. Wann Quellcodehinterlegung notwendig ist

Während die potenziellen Probleme beim Einsatz einer Standardsoftware eher als gering einzustufen sind, da in der Regel andere Unternehmen die Pflege fortführen können, kann es bei Individualsoftware oder individualisierter Standardsoftware zu massiven Problemen kommen. Häufig sind die Geschäftsprozesse eines Unternehmens auf eine individuell für das Unternehmen hergestellte oder angepasste Software abgestimmt. Sollte in einem solchen Fall die Softwarepflege wegfallen, kann es zu erheblichen Einschränkungen in alltäglichen Arbeitsabläufen kommen. Um diesen Problemen im Falle der Insolvenz des Softwareanbieters oder bei sonstiger Verweigerung der Erfüllung der vertraglichen Pflichten vorzubeugen, entscheiden sich Unternehmer vermehrt, sich mit dem Hersteller der Software dahingehend zu einigen, den Quellcode der betreffenden Software bei einem unabhängigen Dritten einzulagern. Dies sind in der Regel spezialisierte Escrow-Firmen oder Rechtsanwälte beziehungsweise Notare, die dann als Treuhänder fungieren. Für den Lizenznehmer stellen sich dabei folgende Fragen: Brauche ich überhaupt eine solche Hinterlegung? Und wenn ja, wie müssen die Escrow-Verträge gestaltet sein, damit ich im Fall der Fälle auch an den Quellcode komme und diesen dann auch rechtmäßig für mich nutzen kann?

Die erste Frage ist wohl noch recht einfach zu beantworten. Eine Quellcodehinterlegung erscheint unnötig, wenn dem Anwender die fachlich qualifizierten Ressourcen nicht zur Verfügung stehen, um den Quellcode nach der Übergabe auch weiter pflegen zu können. Eine Hinterlegung ist natürlich auch dann nicht notwendig, wenn ohnehin ein vertraglicher Anspruch auf Übertragung des Quellcodes besteht. Dies ist in der Regel bei Auftragsprogrammierungen der Fall, die als Werkvertrag einzustufen sind und bei denen der Quellcode und die unbedingten Nutzungsrechte hieran übertragen werden müssen. Dies ist jedoch ausdrücklich in die jeweiligen Verträge aufzunehmen, da die Rechtsprechung nicht zwingend von einer Herausgabe- und Übertragungspflicht ausgeht und häufig auf die jeweiligen Einzelumstände abstellt. Teilweise soll es nach einer Entscheidung des Landgerichts München vom 18. November 2003 darauf ankommen, ob auch gleichzeitig ein langfristiger Wartungsvertrag abgeschlossen wurde, die Gewährleistungsfrist schon abgelaufen oder eine Fehlerbeseitigung durch Dritte erforderlich ist. Der BGH geht offenbar davon aus, dass die Herausgabe des Quellcodes grundsätzlich nicht geschuldet ist, soweit sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt (Urteil vom 16.12.2003).

IV. Mögliche Vertragskonstellationen

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Softwarehersteller oder Lizenzgeber, dem Anwender und der Hinterlegungsstelle als Treuhänder kann auf verschiedenen Wegen geregelt werden. Zunächst ist ein Vertrag zugunsten Dritter denkbar – vergleichbar einer Risikolebensversicherung, bei welcher der Begünstigte die Zahlung der vereinbarten Versicherungssumme von der Versicherung verlangen kann. Dieser Vertrag kann zwischen dem Softwarehersteller und der Hinterlegungsstelle geschlossen werden. Begünstigter des Vertrages ist der Softwareanwender, der im Herausgabefall das Zurverfügungstellen des Quellcodes von der Hinterlegungsstelle verlangen kann. Möglich wäre aber auch ein Vertrag zwischen dem Anwender und dem Treuhänder, wobei die Software vom Hersteller dem Anwender zunächst aufschiebend auf den Eintritt des vereinbarten Ereignisses „übereignet“ wird und der Anwender nun einen Hinterlegungsvertrag mit dem Treuhänder mit Wirkung zugunsten des Softwareherstellers abschließt. Möglich erscheint aber auch eine „Übereignung“ an den Treuhänder mit beschränkter Verfügungsbefugnis. Die Verfügungsbefugnis ist hierbei auf den Eintritt des vereinbarten Ereignisses (Herausgabe an den Anwender) oder auf die Kündigung des Hinterlegungsvertrages (Rückübertragung an den Softwarehersteller) beschränkt.

Die zweite Möglichkeit ist der Abschluss von zwei Verträgen, jeweils zwischen Softwarehersteller und Hinterlegungsstelle sowie zwischen Hinterlegungsstelle und Softwareanwender. Während die Verträge im Hinblick auf den Herausgabefall identisch sein müssen, kann der Softwareanwender zum Beispiel ein besonderes Interesse an der Art der Lagerung haben, welche das Vertragsverhältnis mit dem Softwarehersteller nicht berührt. Schließlich kann auch ein dreiseitiger Vertrag zwischen allen beteiligten Parteien geschlossen werden. Im Ergebnis sind diese Verträge nicht besonders unterschiedlich, da alle die Herausgabe des hinterlegten Gegenstandes beim Eintritt der vorgesehenen Fälle regeln sollten. Ein Vertrag zugunsten Dritter könnte sich jedoch für einen Softwarehersteller anbieten, der die Hinterlegung und Herausgabe von Quellcodes beliebig vielen Dritten anbieten möchte. Hier wäre dann nur ein Vertragswerk notwendig, in dem lediglich die Liste der Begünstigten laufend angepasst wird. Letztendlich sollte aus

Sicht des Anwenders bei den jeweiligen Konstellationen jedoch das Hauptinteresse darin liegen, dass der Vertrag „insolvenzfest“ ist.

V. „Insolvenzfestigkeit“

Bei jeder Vertragskonstellation besteht die Gefahr, dass im Fall der Insolvenz der Insolvenzverwalter die Herausgabe des Quellcodes unterbindet. Dies kann durch die Erfüllungsverweigerung des Vertrages mit dem jeweiligen Treuhänder geschehen. Dann hat der Treuhänder keine vertraglich vereinbarte Möglichkeit mehr, den Quellcode an den Anwender herauszugeben. Weiterhin ist aber auch ein Herausgabeverlangen des Insolvenzverwalters möglich, falls der Quellcode faktisch zur Insolvenzmasse gehört. Letztlich kann der Insolvenzverwalter auch den Vertrag mit dem Anwender und/oder Treuhänder bei einer möglichen Gläubigerbenachteiligung nach §§ 133, 134 InsO anfechten. Das Problem bei der Beantwortung dieser Frage ist, dass es hierfür noch keine belastbare Rechtsprechung gibt. Ist in der jeweiligen Hinterlegungsvereinbarung keine anderweitige Regelung getroffen, bleibt das „Eigentum“ am Quellcode – juristisch gesprochen: die uneingeschränkten Nutzungsrechte am Quellcode (der Software) – auch im Insolvenzfall beim Softwarehersteller. Ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes, der wohl weiterhin bestehen würde, braucht der Insolvenzverwalter im Hinblick auf § 103 InsO nicht zu erfüllen. Daher ist eine Verschiebung der „Eigentumsverhältnisse“ wohl unumgänglich.

Das Problem der Erfüllungsverweigerung nach § 103 InsO besteht aber auch bei einer aufschiebend bedingten Übereignung der Software, da die Wirkung des Hinterlegungsvertrages von der Einwilligung des Insolvenzverwalters abhängig ist. Ist die jeweilige Erfüllung noch nicht eingetreten, kann der Insolvenzverwalter die Erfüllung dieses Vertrages verweigern. Das hätte zur Folge, dass der Treuhänder den Quellcode nicht mehr aufgrund einer vertraglichen Grundlage an den Anwender herausgeben und sich somit schadensersatzpflichtig machen könnte. Darüber hinaus würden durch die Verweigerung der Erfüllung die Nutzungsrechte weiterhin Teil der Insolvenzmasse bleiben. Hier wird teilweise versucht, das Problem der Genehmigung des Insolvenzverwalters durch eine Vorverlagerung der vertraglichen Erfüllungswirkung zu umgehen. Die Erfüllungswirkung wird im Streitfall jedoch durch das jeweils zuständige Gericht zu klären sein.

Bei einer aufschiebend bedingten „Übereignung“ des Quellcodes an den Anwender oder den Treuhänder droht aber weiterhin die Anfechtung dieser „Übereignung“ wegen Gläubigerbenachteiligung. Dies kann möglich sein, da die gezahlten Lizenzgebühren regelmäßig nicht dem Wert des Quellcodes entsprechen werden. Um die Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung zu umgehen, wird teilweise auch die Zahlung der Hinterlegungsgebühren durch den Anwender vereinbart, um ein besonderes wirtschaftliches Interesse des Treuhänders an dem Vertrag mit dem Anwender zu begründen. Dies kann durch eine zusätzliche Zahlung an den – dann insolventen – Softwarehersteller unterstützt werden, da eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht bei einer solchen Sonderzahlung schwerer nachzuweisen sein wird. Ob diese jedoch vorliegt, wird im Einzelfall durch das Gericht zu prüfen sein.

Die Quintessenz aus diesen Überlegungen ist daher, dass sich jeder Softwareanwender, der eine Quellcodehinterlegung durchführen möchte, einen in diesem Gebiet versierten Anwalt suchen sollte. Mit dessen Hilfe kann er dann wenigstens die Lösung wählen, die nach den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls die bestmöglichste Wahrscheinlichkeit bietet, von einem Gericht als insolvenzfest anerkannt zu werden. Eine Garantie diesbezüglich wird derzeit wohl kein Anwalt abgeben können.

Um die Gefahren der fehlenden Insolvenzfestigkeit des Hinterlegungsvertrages zu umgehen, könnten einige Anwender auch auf die Idee kommen, einfach ausländische Hinterlegungsstellen einzuschalten. Ob die „Flucht ins Ausland“ hier mehr Rechtssicherheit bringt, darf jedoch bezweifelt werden. Hier müsste ebenfalls sichergestellt werden, dass eine Insolvenzfestigkeit nach dem jeweils zugrunde liegenden Recht besteht. Dies ist mit zusätzlichen Kosten verbunden. Inwieweit dann auch eine Vollstreckung in dem jeweiligen Land möglich ist, hängt ebenfalls von den Einzelheiten ab.

VI. Inhalte des Hinterlegungsvertrages

Schließlich stellt sich noch die Frage, was beim Abschluss eines Quellcodehinterlegungsvertrages beachtet werden muss, insbesondere welche Inhalte der Vertrag haben sollte. Häufig werden Vertragsentwürfe von den jeweiligen Hinterlegungsstellen zur Verfügung gestellt. Auch hier ist der Gang zum Anwalt ratsam, da nur ein in diesem Gebiet erfahrener Rechtsbeistand die Tücken solcher Verträge kennt. Neben den üblichen Standardklauseln wie Laufzeit, Preis, Haftung etc. ist die sonstige Regelung eines Vertrages von dem gewünschten Vertragsmodell und den Anforderungen der jeweiligen Vertragsparteien abhängig.

Zunächst ist natürlich darauf zu achten, dass der Vertrag die von den Vertragsparteien gewählte Vertragskonstellation widerspiegelt. Im Hinblick auf das bereits Erwähnte kann eine teilweise und bedingte Übertragung der Rechte an dem Quellcode notwendig sein. Hier ist insbesondere darauf zu achten, dass die Bearbeitungsrechte übertragen werden, da nur dadurch die Quellcodehinterlegung sinnvoll wird. Ebenso ist der Hinterlegungsgegenstand zu beachten. Hier ist natürlich in erster Linie der Quellcode selbst einschlägig. Es ist zu beschreiben, auf welchen Datenträgern der Quellcode zu hinterlegen ist. Daneben kann es aber auch sinnvoll sein, sämtliche Updates, Upgrades und Bugfixes einzubeziehen, sodass der hinterlegte Quellcode auch der tatsächlich im Betrieb befindlichen Software entspricht. Um eine Weiterbearbeitung im Herausgabefall zu gewährleisten, sollten auch die Tools hinterlegt werden, die für die Programmierung notwendig sein könnten, wie zum Beispiel Assembler und Compiler. Gleiches gilt für die Dokumentation. Die Dokumentation sollte so geschrieben sein, dass ein durchschnittlicher Programmierer diese verstehen und darauf basierend auch die Software entsprechend weiter-

pflegen kann. Ist die Software hingegen sehr komplex, kann es auch hilfreich sein, die Namen der jeweils beteiligten Programmierer zu nennen. Im Einzelfall macht hier dann auch ein Abwerbungsverbot Sinn, um den Lizenzgeber ausreichend zu schützen und in der Insolvenz einen ungestörten Betriebsfortgang zu gewährleisten, soweit dieser vom Insolvenzverwalter gewünscht wird. Ist eine bestimmte Entwicklungsumgebung notwendig, sollte diese ebenfalls beschrieben werden.

VII. Wo und wie wird hinterlegt?

Sowohl für den Softwarehersteller als auch für den Anwender kann es entscheidend darauf ankommen, wo die Software hinterlegt wird. Wie bereits angesprochen, kommen hier sowohl spezialisierte Dienstleister als auch Rechtsanwälte oder Notare in Betracht. Bei der Wahl sind folgende Faktoren relevant: Ist ein Abgleich des hinterlegten Quellcodes mit dem genutzten Objektcode erwünscht, könnten hier die spezialisierten Dienstleister von Vorteil sein, soweit sie die entsprechenden Fachkenntnisse vorhalten und diesen Abgleich kostengünstig anbieten können. Der Anwalt oder Notar muss sich hier wohl mit von ihm zu beauftragenden Gutachtern behelfen, die regelmäßig hohe Kosten verursachen. Gleichfalls können spezialisierte Unternehmen im Gegensatz zu Anwälten auch gesonderte Leistungsvereinbarungen hinsichtlich der Lagerung selbst treffen (sog. Service Level Agreements). Kommt es den Parteien aber insbesondere auf eine rechtmäßige Feststellung des Herausgabefalls an, kann hier ein Anwalt oder Notar möglicherweise mehr Vertrauen bieten, soweit die Feststellung des Herausgabefalls nicht ohnehin durch Dritte durchgeführt wird.

VIII. Herausgabefall

Besondere Aufmerksamkeit sollte auf den in dem Vertrag zu beschreibenden Herausgabefall gelegt werden. Hier kommt zunächst die Insolvenz des Softwareherstellers in Betracht. Regelungsbedürftig ist hier, ob der Insolvenzantrag bereits ausreichen soll oder das Insolvenzverfahren erst eröffnet oder mangels Masse abgewiesen werden muss. Daneben kann aber auch eine massive Pflichtverletzung des Softwareherstellers (wie z. B. unberechtigte Kündigung des Softwarepflegevertrages oder die Weigerung, schwerwiegende Mängel der Software zu beheben) ein Herausgabefall darstellen. Letztlich ist hier noch die Geschäftsaufgabe des Softwareherstellers und die daraus folgende Liquidation denkbar. Elementar ist es jedoch, dass auch klargestellt wird, wie der Herausgabefall festgestellt wird. Im Insolvenzfall mag dies noch unproblematisch sein. Schwierig kann es aber bei der Feststellung von Pflichtverletzungen sein. Um ein langwieriges Gerichtsverfahren vorzubeugen, sollte hier ein Schiedsgericht nach Wahl der Parteien entscheiden, was eine bindende Entscheidung innerhalb einer kurzen Frist herbeiführen kann.

IX. Fazit

Gerade für Anwender, die mit einer speziell für sich entwickelten oder angepassten Software arbeiten, kann eine Hinterlegung des Quellcodes wichtig oder auch notwendig sein. Bei dem Abschluss von Hinterlegungsverträgen ist eine versierte juristische Beratung, insbesondere im Hinblick auf die Unsicherheiten im Insolvenzfall, ratsam, um das Risiko der erfolgreichen Verhinderung der Herausgabe des Quellcodes zu minimieren.

Softwarepflege


Dr. Flemming Moos
Luther
Rechtsanwalts-
gesellschaft

Insbesondere bei Individualsoftware, aber auch bei komplexerer Standardsoftware, besteht häufig ein Bedürfnis auf Seiten der Nutzer, den fehlerfreien Lauf der Software dauerhaft zu sichern. Je heterogener das Betriebsumfeld, desto öfter muss die Software im Laufe der Zeit an geänderte Rahmenbedingungen angepasst werden. Auch neue Versionen der eingesetzten Software mit erweiterten Funktionalitäten sollen oftmals möglichst zeitnah und ohne großen administrativen Aufwand einsetzbar sein. Der IT-Anwender hat deshalb in der Regel ein Interesse an einer dauerhaften Softwarepflege. Für die IT-Dienstleister wiederum stellt die Softwarepflege ein bedeutsames und lukratives Geschäft dar, da sie regelmäßige Einnahmen generiert und eine enge Kundenbindung schafft. Aus rechtlicher Sicht sind bei der Gestaltung von Softwarepflegeverträgen einige Besonderheiten zu berücksichtigen, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

I. Leistungsgegenstand von Softwarepflegeverträgen

Dafür ist zunächst festzustellen, welcher konkrete Leistungsgegenstand im Rahmen der „Softwarepflege" geschuldet ist. Auf eine gesetzliche Definition kann nicht zurückgegriffen werden. Die Leistungspflichten variieren in der Praxis ebenso stark wie die Bezeichnung des Vertragstypus selbst – neben „Softwarepflege" sind auch die Begriffe „Support", „Maintenance" oder „Softwarewartung" gängig, die weitestgehend synonym verwendet werden. Üblicherweise werden im Rahmen von Pflegeverträgen insbesondere die folgenden Leistungen geschuldet:

- Zurverfügungstellung einer Telefonhotline oder eines Helpdesks, die bei Anwendungsschwierigkeiten kontaktiert werden können
- ein Fehlerbeseitigungs- beziehungsweise Wartungsservice, welcher bei auftretenden Fehlern der Software zur Verfügung steht; dies geschieht häufig auch per Fern- oder Remotezugriff
- ein Update-/Upgrade-Service, in dessen Rahmen dem Nutzer aktualisierte Versionen der Software zur Verfügung gestellt werden

Daneben finden sich in einigen Verträgen verschiedene „Nebenpflichten", wie etwa eine Information des Kunden über neue Programmentwicklungen, Anpassungen an geänderte Einsatzbedingungen etc. Problematisch ist dabei, dass die oben skizzierten Leistungsinhalte in der Praxis von den Herstellern in unterschiedlichster Weise kombiniert werden. Nicht selten bietet derselbe IT-Dienstleister sogar verschiedene „Pflege-Pakete" an, in denen er die Leistungen unterschiedlich zusammenstellt. Auch die Terminologie bezüglich der im Rahmen eines Pflegevertrags zu erbringenden Leistungen ist uneinheitlich. So wird im Hinblick auf den Umgang mit Softwarefehlern mal von „Fehlerbeseitigung", „Fehlerbehebung", „Fehlerbearbeitung" oder „Fehlerbehandlung", mal auch von „Unterstützung bei der Fehlerbehandlung" gesprochen. Die Wortwahl kann dabei durchaus Auswirkungen auf den Umfang der vom IT-Dienstleister geschuldeten Leistung haben. Es ist deshalb

für beide Vertragsparteien von höchstem Interesse, die im Rahmen eines Pflegevertrages zu erbringenden Leistungen nicht nur mit einem Schlagwort zu benennen, sondern so detailliert wie möglich zu beschreiben, damit hinreichend deutlich wird, zu welchen Leistungen der IT-Dienstleister sich konkret verpflichtet hat.

II. Rechtscharakter und Verpflichtungsgehalt von Pflegeleistungen

Um bestimmen zu können, welchen gesetzlichen Vorschriften der Pflegevertrag unterliegt, muss zunächst geklärt sein, welcher der im BGB kodifizierten Vertragstypen (Werkvertrag, Dienstvertrag etc.) einschlägig ist, da die Regelungen zum Teil erheblich voneinander abweichen. Wie diese vertragstypologische Einordnung zu erfolgen hat, wird nicht einheitlich beurteilt. Die meisten Autoren in der IT-rechtlichen Literatur sind der Auffassung, dass eine Differenzierung nach den unterschiedlichen Inhalten des Softwarepflegevertrags vorzunehmen ist. Einige Stimmen in der Literatur vertreten allerdings die Auffassung, dass der Software-Pflegevertrag einen eigenständigen Vertragstypus darstellt, der sich nicht mit den BGB-Vertragsmodellen abbilden lässt. Die Gerichte wiederum ordnen den Pflegevertrag oft pauschal als Werkvertrag ein oder lassen den Vertragstyp ausdrücklich offen.

Am sach- und praxisgerechtesten erscheint es, die Einteilung gesondert für jeden Leistungsgegenstand vorzunehmen. Danach ergibt sich folgendes Bild: Für die meisten Pflegeleistungen ist entscheidend darauf abzustellen, ob der IT-Dienstleister bezüglich der konkreten Leistungen einen Erfolg schuldet oder nicht. Ist ein Erfolg geschuldet, liegt ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB vor. Ist die Leistung tätigkeitsorientiert, ohne dass ein bestimmter Erfolgt zu erzielen ist, liegt ein Dienstvertrag gemäß § 611 BGB vor.

Daraus folgt, dass der Fehlerbeseitigungsservice jedenfalls dann nach den Regeln des Werkvertragsrechts zu beurteilen ist, wenn tatsächlich eine Fehlerbeseitigungspflicht (und damit ein Erfolg) und nicht lediglich ein Bemühen, einen solchen Fehler zu beseitigen, vertraglich vereinbart ist. Eine wichtige Vorschrift des Werkvertragsrechts findet jedoch nach wohl allgemeiner Meinung auf Pflegeverträge keine Anwendung: die Regelung über die Abnahme (§ 640 BGB). Dies wird damit begründet, dass Werkleistungen im Rahmen der Softwarepflege kontinuierlich erbracht und meist auch durch ein fortlaufendes Entgelt vergütet werden. Schuldet der IT-Dienstleister lediglich ein Bemühen, das heißt nur ein Tätigwerden (wie es etwa in der Formulierung „Fehlerbehandlung“ oder „Unterstützung bei der Fehlerbehandlung“ zum Ausdruck kommen kann), nicht jedoch einen Erfolg, so findet auf die entsprechende Pflegeleistung Dienstvertragsrecht Anwendung.

Auch die Zurverfügungstellung einer Hotline beziehungsweise eines Helpdesks ist regelmäßig nach dem Dienstvertragsrecht zu beurteilen, da die reine telefonische Beratungsleistung geschuldet ist. Bei der Überlassung von Updates und Upgrades ist regelmäßig darauf abzustellen, auf welcher vertraglichen Basis die Grundversion der Software überlassen wurde. Ist die Software individuell erstellt worden, findet auch auf die Überlassung der zugehörigen Updates und Upgrades Werkvertragsrecht Anwendung. Bei Standardsoftware erfolgt die Überlassung von Updates und Upgrades regelmäßig im Rahmen kaufrechtlicher Sukzessivlieferungsverträge.

III. Haftung und Service Level

Der Umfang der Haftung des IT-Dienstleisters für Nicht- oder Schlechtleistung hängt davon ab, welchem Vertragstyp die mangelhafte Leistung zuzuordnen ist. Da bei einem Werkvertrag ein Erfolg geschuldet ist, ist die Haftung hier grundsätzlich weiter als bei einem Dienstvertrag, in dessen Rahmen ein bestimmter Erfolg (also etwa die Fehlerbeseitigung) nicht verlangt werden kann. Die Haftung des IT-Dienstleisters für mangelhafte Werkleistungen bestimmt sich also zum Beispiel nach §§ 634 ff. BGB. Daneben können Ansprüche aus Verzug wegen eines so genannten „Verzögerungsscha dens“ auf Erstattung von Zinsen, Aufwendungen etc. gemäß §§ 286 ff. BGB geltend gemacht werden. Statt der Leistung kann zudem auch ein Schadenersatz wegen eines entgangenen Gewinns aus dem Weiterverkauf oder eines Verlustes aus dem Produktionsausfall oder Ähnlichem in Betracht kommen. Voraussetzung ist jedoch in der Regel eine Nachfristsetzung und ein Verschulden gemäß § 281 BGB.

Soweit eine Mängelbeseitigung geschuldet ist, handelt es sich um eine Hauptpflicht des Pflegevertrages. Während der Vertragslaufzeit gibt es dann streng genommen keine Mängelansprüche wegen mangelhafter Pflegeleistungen, solange sie nur dazu führen, dass Software-Mängel weiter bestehen oder neue entstehen. Diese sind bereits von der Mängelhaftung aus dem Überlassungsvertrag abgedeckt. Eine zusätzliche Haftung aus mangelhafter Pflegeleistung kann sich aber in Bezug auf so genannte andere Schäden (so genannte „Mangelfolgeschäden“) ergeben. Bei Software-Pflegeverträgen besteht darüber hinaus die Besonderheit, dass die IT-Dienstleister, um für den Kunden gegenüber der reinen Haftung für Sachmängel an der Software einen Mehrwert zu schaffen, meistens besondere Leistungsqualitäten in Gestalt so genannter „Service Levels“ garantieren. Üblich und empfehlenswert ist es etwa, in Abhängigkeit von der Schwere des Fehlers abgestufte Reaktions- und Fehlerbeseitigungszeiten festzulegen. So könnte zum Beispiel vereinbart werden, dass der IT-Dienstleister auf die Meldung eines schwerwiegenden Fehlers hin, also eines solchen, der die Nutzung der Software ausschließt, innerhalb von einer Stunde reagiert und den Fehler innerhalb von vier Stunden beseitigt haben muss.

Aus solchen Service Levels entsteht juristisch gesehen eine erhöhte Einstandspflicht des IT-Dienstleisters, da dieser vertraglich verpflichtet ist, die Leistung tatsächlich innerhalb der garantierten Fristen zu erbringen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so können sich für ihn – neben etwaig vereinbarten Vertragsstrafen – wiederum Schadenersatzverpflichtungen ergeben. Der IT-Dienstleister sollte deshalb genauestens prüfen, welche Leistungen er im Rahmen eines Pflegevertrages erbringen und inwieweit er diese Leistungen mit zeitlichen Garantien oder anderen Service Levels unterlegen will.

IV. Vergütung: Softwarepflege contra Mängelhaftung

Ist der Software-Pflegevertrag im Rahmen einer Softwarelieferung geschlossen oder mit einer solchen gekoppelt worden, so stellt sich die Frage, ob der IT-Dienstleister die volle Vergütung schon während der aus der Softwarelieferung bestehenden Haftung für Mängel („Gewährleistung") verlangen darf. Soweit der IT-Dienstleister auf Basis des Pflegevertrags eine Fehlerbeseitigung schuldet, wird argumentiert, dass er zu dieser Leistung schon aus dem Softwarelieferungsvertrag im Rahmen der Gewährleistung verpflichtet ist. Der IT-Dienstleister ließe sich somit die ohnehin geschuldete Fehlerbeseitigung im Rahmen der Pflege nochmals vergüten. Bei einer AGB-rechtlichen Vereinbarung – welche in der Regel vorliegen wird – könnte hierin grundsätzlich ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b cc BGB liegen.

Allerdings gilt es hierbei zu beachten, dass der Software-Pflegevertrag dem IT-Anwender im Hinblick auf die im Rahmen der Fehlerbeseitigung zu erbringenden Leistungen oftmals einen Mehrwert bietet, etwa durch die Zusage von Reaktions- und Fehlerbeseitigungszeiten, die über die Verpflichtung aus der Haftung für Mängel hinausgehen. Hierdurch ist der Anwender gegenüber den gesetzlichen Mängelansprüchen aus einem Kauf- oder Werkvertrag deutlich besser gestellt. Diese sehen nämlich eine Fehlerbeseitigung nur innerhalb „angemessener Fristen" vor. Hinzu kommt, dass im Rahmen eines Pflegevertrages oftmals eine Fehlerbeseitigung durch Remote-Zugriff oder durch Vor-Ort-Service angeboten wird. Es erscheint deshalb durchaus vertretbar, dass für diesen Mehrwert auch eine zusätzliche Vergütung zu entrichten ist, zumal sich hieraus auch eine stärkere Haftung des IT-Dienstleisters ergeben kann. Deshalb ist dem IT-Dienstleister zu empfehlen, die mit diesem Mehrwert verbundenen Leistungen im Software-Pflegevertrag auch hinreichend deutlich zu vereinbaren. Folgt man der gerade dargestellten Auffassung nicht oder bieten die Leistungen des konkreten Vertrages keinen Mehrwert, so müsste tatsächlich daran gedacht werden, während des Laufs der Verjährungsfrist für Mängelansprüche die Vergütung aus dem Pflegevertrag zumindest um den Wert des Fehlerbeseitigungsservices zu reduzieren.

V. Verpflichtung zum Abschluss und zur Fortsetzung eines Pflegevertrages

Die Kunden haben meist ein Interesse an einer möglichst langfristigen vertraglichen Bindung des IT-Dienstleisters, da die regelmäßige Pflege oft Voraussetzung für eine lange Nutzungsdauer der Software ist. Für die IT-Dienstleister hingegen bedeutet es meist einen erheblichen Aufwand, Software auch noch in veralteten Versionen oder sogar dann noch zu pflegen, wenn deren Vertrieb bereits eingestellt ist.

In diesem Zusammenhang spielt oft die Frage eine Rolle, ob der IT-Dienstleister zumindest für bestimmte Mindestfristen zur Erbringung von Pflegeleistungen verpflichtet und ihm deshalb auch eine vorherige Kündigung des Pflegevertrages untersagt ist. Im Regelfall ist eine Verpflichtung zum Abschluss oder zur Fortsetzung eines Pflegevertrages abzulehnen. In Einzelfällen ziehen die Rechtsprechung und vereinzelte Stimmen in der Literatur jedoch Kündigungsausschlüsse in Betracht. Ein solcher Fall kann zum Beispiel sein, dass das Wartungsunternehmen sich bei noch neuer und aktuell auf dem Markt vertriebener Software bewusst einem bereits bei Vertragsschluss erkennbar gewordenen Anpassungsbedarf entziehen will. Ein Kündigungsausschluss ist auch in dem Fall in Betracht zu ziehen, in dem der Kunde durch eine Kündigung des Pflegevertrages zur Zahlung nicht geschuldeter Leistungen gebracht werden soll.

Umstritten ist, ob daneben auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung eine generelle Pflicht des IT-Dienstleisters aus „Treu und Glauben" besteht, die Pflegeleistungen für den gesamten Lebenszyklus einer verkauften Software sicherzustellen und insbesondere einmal eingegangene Pflegeverträge in diesem Zeitraum nicht zu kündigen. Das LG Köln hat eine Mindestlaufzeit angenommen, die sich ermittelt aus der Lebensdauer der Software plus fünf Jahre, gerechnet ab der letzten Installation beim Kunden. Diese vereinzelt gebliebene Entscheidung ist jedoch abzulehnen (so auch das OLG Koblenz in einem jüngeren Urteil, Az.: 1 U 1009/04). Auch die EVB IT-Pflege, die als ausgewogene Vertragsbedingungen gelten dürften, sehen vor, dass die Leistungsdauer grundsätzlich individuell zu bestimmen und der Vertrag mit einer Frist von drei Monaten kündbar ist.

Im Hinblick auf die Kündbarkeit ist weiterhin zu beachten, dass es sich bei einem Pflegevertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, welches gemäß § 314 BGB jederzeit ohne Einhaltung einer Frist aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Für die Vertragsgestaltung ist es deshalb wichtig, Mindestvertragslaufzeiten, Verlängerungsoptionen und Kündigungsfristen explizit zu vereinbaren, da die aufgezeigten Begründungsansätze für eine gesetzliche Pflegeverpflichtung für eine bestimmte Dauer im Ergebnis nicht hinreichend tragfähig sind.

Vergabe von IT-Aufträgen durch die öffentliche Hand



Iris Argyriadou, LL.M.
Servatius Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft

Die öffentliche Hand ist heutzutage eine wichtige Auftraggeberin für IT-Unternehmen, sowohl für die Beschaffung von Standardleistungen (z. B. Software, Pflege und Hardware) als auch für Softwareprojekte im Rahmen von Infrastrukturmaßnahmen. Öffentliche Auftraggeber haben bei Beschaffungen das Vergaberecht zu beachten. Dieses relativ neue Rechtsgebiet, das EU-weit durch entsprechende Richtlinien vereinheitlicht wurde, dient der Schaffung von Wettbewerb und Transparenz bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sowie dem diskriminierungsfreien Zugang von Auftragnehmern zu solchen Aufträgen. Insoweit erscheint es empfehlenswert, sich zunächst einen kurzen Überblick über das Vergaberecht zu verschaffen, um grundsätzliche Fragen zu erörtern, die erfahrungsgemäß auf Seiten eines beteiligten Bieters hierzu entstehen. Im Anschluss folgt eine kurze Darlegung der bei der Beschaffung von Standardleistungen von der Verwaltung üblicherweise verwendeten Vertragswerke (EVB-IT und BVB).

Die nachstehenden Anmerkungen beziehen sich auf das zurzeit geltende Recht. Geplant ist eine Reform und Verschlankung des Vergaberechts, die vor allem auch der Transformation der EU-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG in nationales Recht dient; diese Richtlinien müssen bis zum 31. Januar 2006 umgesetzt werden. Aufgrund der Bundestagswahlen ist das Gesetzgebungsverfahren aufgeschoben worden; es soll in der nächsten Legislaturperiode wieder aufgenommen werden. Soweit bereits ersichtlich, wird im letzten Abschnitt – und bei bestehender Relevanz im Text – auf die bevorstehenden Gesetzesänderungen hingewiesen.

I. Beschaffung von IT-Leistungen durch die öffentliche Hand

A. Wann liegt ein Vergabeverfahren vor?

Aufträge der öffentlichen Hand unterliegen dem Vergaberecht, wenn ein entgeltlicher Auftrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen vorliegt. Öffentliche Auftraggeber sind im Wesentlichen die Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Kommunen) und selbstständige juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahrnehmen und von Gebietskörperschaften finanziert beziehungsweise kontrolliert werden. Private Auftraggeber können ebenfalls der Anwendungspflicht des Vergaberechts unterliegen, wenn sie in den Sektorenbereichen Trinkwasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation tätig sind. Hier ist anzumerken, dass nach der bisher geplanten Vergaberechtsreform der Telekommunikationssektor allerdings ausgenommen wird. Private Auftraggeber können des Weiteren dem Vergaberecht unterliegen, wenn sie bestimmte staatliche Zuwendungen beziehungsweise Baukonzessionen erhalten. Teilweise werden für die Beschaffung von Leistungen, die wie bei IT-Leistungen ein besonderes Know-how erfordern, zentrale Beschaffungsstellen von mehreren öffentlichen Auftraggebern errichtet, die Sammelbestellungen oder Rahmenverträge ausschreiben. Für die Bereiche der Freien und Hansestadt Hamburg und des Landes Schleswig-Holstein ist Dataport, Anstalt des öffentlichen Rechts, zu nennen.

Das Vergabeverfahren wird von einer Vielzahl von unterschiedlichen Rechtsnormen geregelt. Je nach Auftragsvolumen wird in nationale und europaweite Vergaben unterschieden, die auch unterschiedlichen Verfahrensregelungen unterliegen. So gelten für Aufträge nach dem nationalen Recht die Bundes- beziehungsweise die jeweiligen Landeshaushaltsordnungen, Verfahrensanweisungen des Bundes und der Länder sowie die Verdingungsordnungen. Europaweite Vergabeverfahren werden hingegen von EU-Richtlinien, die in dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt wurden, in der Vergabeverordnung (VgV) als Rechtsverordnung des Bundes und in den Verdingungsordnungen geregelt.

Ob ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen ist, hängt davon ab, ob der von dem Auftraggeber nach objektiven Kriterien zu schätzende Netto-Auftragswert die in § 2 VgV festgesetzten Schwellenwerte übersteigt. Diese betragen:

Bauaufträge		5.000.000 Euro
Liefer- und Dienstleistungsaufträge	im Sektorenbereich	400.000 Euro
	der obersten und oberen Bundesbehörden	130.000 Euro
	alle weiteren	200.000 Euro

Die Entscheidung, welche Verdingungsordnung für ein Vergabeverfahren anwendbar ist, trifft der Auftraggeber, und sie ist jeweils nach Abwägung aller Umstände eines Einzelfalles zu fällen. Bei der Beschaffung von IT-Leistungen wird es sich in der Regel um Liefer- und Dienstleistungen handeln, die nach der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) vergeben werden. Darunter fallen sämtliche Lieferungen von Standardsoftware, Hardware, Pflege- und Supportleistungen sowie Programmier- und Beratungsleistungen, die mit der Erstellung von Anwendungen zusammenhängen. Die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) findet Anwendung bei Aufträgen, die einen Wert von 200.000 Euro übersteigen (also europaweite Verfahren), deren Arbeitsergebnis im Voraus nicht beschreibbar ist und die freiberufliche, vor allem ingenieurähnliche Leistungen in Bezug auf EDV-Systeme betreffen. Als Beispiele können hier genannt werden: Software-Implementierungsdienste für Systeme, Systemanalysen, Projektplanung/-management für IT-Systeme und vieles mehr. In bestimmten Fällen kann es sogar zu einer IT-Vergabe nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) kommen. Dann müssen die ausgeschriebenen Leistungen für technische Einrichtungen erfolgen, die für die Funktion einer Bauanlage erforderlich sind und somit Bestandteile dieser Anlage werden (z. B. computergesteuerte Verkehrsanlagen). Oft kommt es zu gemischten Verträgen. Hier werden dann zum Beispiel Hard- und Software zusammen mit Anpassungsarbeiten und der Entwicklung von neuen Schnittstellen geliefert und/oder auch die Migration bestehender Daten, die Pflege und der Support des neuen Systems sowie die Schulung der Mitarbeiter des Auftraggebers übernommen. In diesen Fällen richtet sich die Wahl der

Verdingungsordnung nach dem schwerwiegenderen und wertmäßig bedeutenderen Teil des Auftrags.

Fraglich ist oft, ob Vertragsverlängerungen und -änderungen, Optionen und Rahmenverträge einen neuen Auftrag darstellen und damit den wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Vergaberechts unterliegen oder von dem öffentlichen Auftraggeber frei vereinbart werden können. Die Beantwortung dieser Frage bedarf einer Einzelfallbetrachtung; grundsätzlich lässt sich jedoch Folgendes sagen: Die Vereinbarung unbefristeter Verträge beziehungsweise deren Nichtkündigung im Falle einer vereinbarten automatischen Verlängerung ist rechtlich unproblematisch. Nach der EU-Richtlinie 2004/18/EG sollen jedoch Rahmenverträge eine Laufzeit von maximal vier Jahren nicht überschreiten. Das heißt, in solchen Fällen liegt kein neues Vergabeverfahren vor, es sei denn, die Vertragsverlängerung geht einher mit einer Vertragsänderung, die eine Anpassung wesentlicher Vertragspositionen (z. B. Leistungsumfang, Entgelt oder Vertragslaufzeit) erfasst. Solche Änderungen von Vertragsbestandteilen sind prinzipiell auszuschreiben, sofern sie nicht schon in dem ersten Vergabeverfahren bereits vorgesehen waren. Das ist zum Beispiel der Fall bei einer vertraglich vereinbarten Option. Allerdings ist die Vereinbarung einer Option in einem Vertrag nicht unproblematisch. Sie darf nicht dazu führen, dass der Leistungsgegenstand oder die Laufzeit eines Vertrages nach Belieben des Auftraggebers bestimmt werden kann. Das würde gegen das im Vergaberecht herrschende Gebot der Transparenz verstoßen.

Vergaberechtlich zulässig ist hingegen die Vereinbarung von Rahmenverträgen, die bestimmte Rahmenbedingungen – meist sind das Preis, Lieferzeiten und gegebenenfalls auch Mengengerüste – für die Erteilung von konkreten Einzelaufträgen festlegen, die später ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erteilt werden können.

B. Welche Vergabeverfahren sind möglich?

Es gibt grundsätzlich sechs mögliche Vergabeverfahren sowie unterhalb der Schwellenwerte die freihändige Vergabe. Diese Beschaffungswege unterliegen einer strengen Rangordnung:

Nationales Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte	**Europäisches Vergaberecht** bei Erreichen oder oberhalb der EU-Schwellenwerte
1. Öffentliche Ausschreibung	1. Offenes Verfahren
2. Beschränkte Ausschreibung	2. Nichtoffenes Verfahren
3. Freihändige Vergabe	3. Verhandlungsverfahren
	4. Wettbewerblicher Dialog

Öffentliche Auftraggeber haben stets eine öffentliche Ausschreibung beziehungsweise das Offene Verfahren vorzuziehen. Eine beschränkte Ausschreibung beziehungsweise das Nichtoffene Verfah-

ren sind nur unter bestimmten Umständen möglich. Möglich wäre es zum Beispiel, wenn aufgrund besonderer Fachkunde nur ein beschränkter Kreis von Bewerbern in Betracht kommt oder der Aufwand einer öffentlichen Ausschreibung im Missverhältnis zum erreichbaren Vorteil oder zum Wert der Ausschreibung steht. Eine freihändige Vergabe beziehungsweise ein Verhandlungsverfahren sind nur beim Vorliegen bestimmter, abschließend festgelegter Voraussetzungen möglich (vgl. § 3 Nr. 4 VOL/A für nationale Verfahren und § 3a Abs. 4 für europaweite Vergabeverfahren).

Das Offene Verfahren und die öffentliche Ausschreibung sind streng formalistisch zu führen; sie unterliegen einer bestimmten Verfahrensform und strengen Fristen. Nach Bekanntgabe des Auftrags hat der Auftraggeber aus den eingegangenen Bewerbern nach vorher festgelegten und veröffentlichten Kriterien einen Vertragspartner auszuwählen. Vertragsverhandlungen sind nicht zulässig; es können allenfalls Aufklärungsgespräche über Unklarheiten des Bewerberangebots stattfinden.

Im Nichtoffenen Verfahren wird nach der Bekanntmachung der Vergabe ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb (Eignungswettbewerb) durchgeführt, aus dem mindestens fünf Bewerber ausgewählt werden, die dann erst ein Angebot abgeben dürfen. Die Wertung der Angebote und der Zuschlag erfolgen dann nach vorgegebenen Kriterien wie im Offenen Verfahren. Bei einer beschränkten Ausschreibung werden nur eine beschränkte Zahl von Bewerbern aufgefordert, ein Angebot abzugeben; die Bewertung der Angebote und die Auftragserteilung (der Zuschlag) erfolgen nach den Maßgaben der öffentlichen Ausschreibung. Der beschränkten Ausschreibung soll ein Teilnahmewettbewerb vorangehen.

Das Verhandlungsverfahren im Rahmen einer europaweiten Vergabe erfolgt grundsätzlich nach öffentlicher Bekanntmachung und Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs zur Ermittlung von mindestens drei geeigneten potenziellen Vertragspartnern, die zu Vertragsverhandlungen aufgefordert werden. Seit September 2005 dürfen öffentliche Auftraggeber bei besonders komplexen Aufträgen (z. B. im Hochtechnologiebereich) Vergaben im Rahmen eines so genannten wettbewerblichen Dialogs organisieren. Dabei darf der Auftraggeber in freien Verhandlungen mit den Bietern seinen Beschaffungsbedarf spezifizieren und die Teilnehmer am Dialog danach zur Angebotsabgabe auffordern.

Eine freihändige Vergabe im nationalen Recht erfolgt formlos durch einfache Auftragserteilung durch den Auftraggeber. Die freihändige Vergabe ist im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte kein Vergabeverfahren, sondern beschreibt gerade die Fälle, in denen auf die Durchführung eines solchen verzichtet werden kann. Aufgrund des in der Verwaltung geltenden Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beziehungsweise von internen Verwaltungsvorschriften sind öffentliche Auftraggeber trotzdem angehalten, – soweit möglich – mindestens drei Angebote vor Auftragserteilung einzuholen. Die Auslobung eines öffentlichen Auftrags ist bekannt zu geben, damit die Interessenten die Möglichkeit haben, sich zu bewerben. Die Bekanntgabe erfolgt im nationalen Verfahren regelmäßig im Bundesanzeiger oder in anderen dafür geeigneten Medien. In europaweiten Verfahren hat der Auftraggeber eine Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft zu veröffentlichen. Sämtliche Bekanntmachungen über EU-Vergabeverfahren sind des Weiteren auch im Internet unter http://ted.publications.eu.int/official zu finden.

C. Anforderungen an IT-Ausschreibungen

Die Vergabeunterlagen für die zu beschaffende Leistung müssen eine Leistungsbeschreibung enthalten, die eindeutig und erschöpfend sein muss; sie hat Ausstattungsmerkmale und anwenderspezifische Anforderungen zu benennen. Die Leistungsbeschreibung muss produktneutral sein, insbesondere die Nennung von Markennamen oder die indirekte Beschreibung eines bestimmten Produkts ist verboten. Ist ausnahmsweise eine andere hinreichend genaue und allgemeinverständliche Beschreibung der geforderten Leistung nicht möglich, so kann ausnahmsweise auf die Nennung eines Markennamens ausgewichen werden. Der Zusatz „oder gleichwertig“ ist allerdings notwendig. Es ist ferner in der Regel unzulässig, bei bestimmten Mindestspezifikationen auf Parameter (z. B. bei Mikroprozessoren die Angabe von Mindestfrequenzen) zurückzugreifen, die nicht direkt mit der Leistung zusammenhängen und daher alleine noch keine Aussage über die Qualität der Leistung treffen. Um eventuell Fehler bei der Leistungsbeschreibung zu vermeiden, können öffentliche Auftraggeber auf von Industrieorganisationen entwickelte Benchmarkverfahren zurückgreifen, die Aussagen über die Leistungsfähigkeit bestimmter IT-Systeme im Anwendungsbereich enthalten.

Insbesondere bei Softwareprojekten und Aufträgen, die Beratungs-, Planungs- oder Konzeptionierungsleistungen enthalten, ist auch eine funktionale Leistungsbeschreibung zulässig. Diese muss das Leistungsziel des Auftraggebers (die Funktion der geforderten Leistung und die daran gestellten Anforderungen) in seinen wesentlichen Einzelheiten so konkret wie möglich beschreiben. Allerdings wird es in solchen Fällen oft Unklarheiten geben, die die Bewerber im Rahmen der Auftragserfüllung ausräumen sollen. Sie müssen daher die Ansätze ihrer Lösungsvorschläge in ihren Angeboten schildern und deren Umsetzung mitkalkulieren.

Bei der Erstellung neuer Systeme oder bei größeren Infrastrukturprojekten wird der Auftraggeber auf die Mitwirkung des Auftragnehmers oder eines anderen Beraters bei der Erstellung des Pflichtenheftes angewiesen sein. Je nach Einzelfall kann er gesonderte Aufträge vergeben, einen Auftrag in mehrere Lose aufteilen oder auch nur einen Gesamtauftrag erteilen. Dies entscheidet der Auftraggeber, der jedoch dabei die Belange des Mittelstands berücksichtigen (§ 97 GWB) und daher – falls möglich – eine Stückelung des Auftrags in Lose vornehmen muss. Dies ist jedoch nicht zwingend notwendig. Besonderheiten des zu vergebenden Auftrags können es ausnahmsweise rechtfertigen, dass ein einzelner Auftrag erteilt wird. Der Hinweis, dass sich mittelständische Anbieter zu

einer Bietergemeinschaft zusammenschließen können, reicht für sich genommen nicht aus, um von einer losweisen Vergabe abzusehen. Die Entscheidung des Auftraggebers zur Vergabe an einen Generalunternehmer kann gerügt und im Nachprüfungsverfahren überprüft werden. Sie ist im parallel zum Vergabeverfahren zu erstellenden Vergabevermerk zu begründen.

Die Angebotsabgabe unterliegt bestimmten formalistischen Anforderungen, die von dem Bewerber streng zu beachten sind, da ihm sonst ein Ausschluss aus dem Verfahren droht. So hat das Angebot nicht nur der Leistungsbeschreibung zu entsprechen. Es muss auch alle in Bezug auf die Eignung des Bewerbers und gegebenenfalls seiner Nachunternehmer geforderten Unterlagen und Informationen enthalten und unterschrieben sowie verschlossen an der in der Bekanntmachung genannten Abgabestelle eingereicht werden. Nur sofern eine elektronische Abgabe vom Auftraggeber zugelassen ist, kann das Angebot per E-Mail versendet werden. Dafür ist allerdings eine digitale Signatur im Sinne des Signaturgesetzes erforderlich. Nebenangebote oder Alternativangebote, die der Bewerber mit abgibt, werden in der Wertung nur berücksichtigt, wenn der Auftraggeber diese vorher nicht ausgeschlossen hat.

Die Auswertung der Angebote erfolgt je nach Verfahrensart in bestimmten Wertungsschritten, wobei die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung im Voraus anzugeben sind. Diese müssen verständlich und hinreichend bestimmt sein. Sind keine Vergabekriterien genannt, ist allein der Preis ausschlaggebend. Zu beachten ist ferner, dass die Eignungskriterien nicht identisch mit den Zuschlagskriterien sein dürfen. Eignungskriterien sind nach der Eignungsprüfung verbraucht.

D. Informationsrechte des Bieters

Der Interessent kann vor Angebotsabgabe Fragen zur Leistungsbeschreibung und zu den Verdingungsunterlagen stellen. Zur Wahrung des Wettbewerbs wird der Auftraggeber jedoch nur solche Fragen beantworten, die tatsächlich nur etwaige missverständliche Angaben richtig stellen und sich neutral verhalten. Das heißt, dass er im Folgenden diese Unklarheiten gegenüber allen ihm bekannten Interessenten beseitigen wird, selbst wenn einige Interessenten diese Frage nicht gestellt haben. Informationen über den Zuschlag erhalten unaufgefordert nur Bewerber, die an europaweiten Verfahren teilnehmen. Dort muss der Auftraggeber mindestens 14 Tage vor Erteilung des Zuschlags den unterlegenen Bietern eine so genannte Vorabinformation nach § 13 VgV zuschicken, in der der Name des Gewinners sowie die Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebots festzuhalten sind. Erfolgt der Vertragsabschluss zu früh oder ohne Versendung der Vorabinformation ist der geschlossene Vertrag nichtig. Nach der Rechtsprechung greift die Nichtigkeitsfolge in Fällen einer nur unzulänglich (weil z. B. mangelhaft begründet) erteilten Vorabinformation nicht ein.

Äußerst problematisch sind darüber hinaus die Fälle, in denen ein formelles Vergabeverfahren unberechtigt unterblieben ist und der Auftraggeber irrigerweise keine Informationen an Dritte erteilt hat. Hierbei handelt es sich um so genannte de facto Vergaben. Die Rechtsprechung hat bislang mehrere unterschiedliche Fallkonstellationen geprüft, mit jeweils unterschiedlichen Ergebnissen. Tendenziell kann man jedoch sagen, dass, wenn der Auftraggeber von sich aus eine Art von Wettbewerb zur Auswahl seines Vertragspartners durchgeführt hat, der geschlossene Vertrag bei der de facto Vergabe analog § 13 VgV nichtig ist. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsprechung ist in diesen Fällen unbedingt eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Nach der bislang geplanten Vergaberechtsreform wird diese Informationspflicht im Übrigen in das GWB (§ 101a) aufgenommen und somit der bisherigen Diskussion über die rechtmäßige Anwendung dieser Norm auf de facto Vergaben Einhalt gebieten. In nationalen Verfahren findet in der Regel keine Vorabinformation der unterlegenen Bewerber statt. Stattdessen können diese einen Antrag auf Mitteilung der Gründe für die Ablehnung ihres Angebots stellen. Näheres hierzu regeln § 27 VOL/A beziehungsweise VOB/A.

E. Rechtsschutzmöglichkeiten

Nach Abschluss eines Vergabeverfahrens ist im Falle von Vergabefehlern nur eine zivilrechtliche Inanspruchnahme des Auftraggebers auf Zahlung von Schadensersatz möglich. Diese ist in der Regel begrenzt auf den Ersatz des Vertrauensschadens bei fehlerhafter Anwendung der Vergaberegelungen nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Der bereits geschlossene Vertrag kann nicht aufgehoben werden. Damit wird jedoch den unterlegenen Bietern nicht geholfen, da sie ihr eigentliches Ziel, den Auftrag zu bekommen, nicht erreichen.

In europaweiten Vergabeverfahren hat der Gesetzgeber in einem laufenden Vergabeverfahren dem Bewerber eine Rügemöglichkeit und, falls vom Auftraggeber nicht abgeholfen wird, anschließend ein Nachprüfungsverfahren (s. §§ 102 ff. GWB) zur gerichtlichen Überprüfung der Auftraggeber-Entscheidungen eingeräumt. Ist der Zuschlag erteilt, ist eine solche Überprüfung des Vergabeverfahrens nicht mehr möglich. Aus diesem Grund besteht die Pflicht zur Versendung der Vorabinformation nach § 13 VgV, sodass den Bietern gegebenenfalls eine letzte Gelegenheit zum Rügen gegeben wird. Ist hingegen ein Nachprüfungsantrag gestellt, darf der Zuschlag nach § 115 GWB nicht mehr erteilt werden. Zu beachten ist, dass ein Nachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 3 GWB jedoch unzulässig ist, wenn der Antragsteller den Verstoß nicht unverzüglich, also in der Regel binnen höchstens zwei Wochen nach Kenntnisnahme, gerügt hat. Für Verstöße, die aus der Bekanntmachung erkennbar waren, ist die Rüge spätestens mit Ablauf der Angebotsfrist anzubringen. In Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist ein solches Rügeverfahren gesetzlich nicht vorgesehen. Nach der jüngsten Rechtsprechung ist aber eine gerichtliche Überprüfung von nationalen Vergabeverfahren im Laufe des Verfahrens grundsätzlich möglich.

II. Vertragsgestaltung bei Beschaffung von IT-Leistungen

Unter der Federführung des Bundesministeriums des Innern sind nach Verhandlungen mit der Wirtschaft schon in den 70er Jahren Besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-

Leistungen (BVB) als Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand geschaffen worden. Diese veralteten Vertragsbedingungen sind zum Teil von den Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) ersetzt worden. Sie sollen die Beschaffung aller Arten von Informationstechnik einschließlich dazugehöriger Leistungen, wie Datenverarbeitungs-, Kommunikations- und Bürotechnik, erfassen. Sämtliche EVB-IT und noch geltende BVB sind im Übrigen unter www.kbst.bund.de im Internet zusammen mit ergänzenden Nutzungshinweisen verfügbar.

Bund und Länder sind durch entsprechende Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung und der Landeshaushaltsordnungen zur Anwendung der EVB-IT und – sofern noch nicht ersetzt – der BVB verpflichtet. Für andere öffentliche Auftraggeber besteht ein Anwendungsgebot aus § 9 VOL/A. Eine Ergänzung oder Abänderung der EVB-IT und BVB ist möglich, falls die Eigenart und Ausführung der Beschaffung es erfordern. In Einzelfällen ist sogar ein Verzicht auf die EVB-IT oder BVB zulässig, zum Beispiel wenn nur ein Unternehmen die zu beschaffenden Leistungen erbringen kann, das die Anwendung der EVB-IT ablehnt oder wenn die Einbeziehung der EVB-IT insgesamt die Beschaffung unwirtschaftlich machen würde. Regelmäßig wird bei so genannten Public Private Partnerships (PPP), in denen sowohl der öffentliche Auftraggeber als auch der private Bieter das Risiko der Projektfinanzierung tragen, ein solcher Ausnahmefall vorliegen.

Sollen die EVB-IT nach dem Willen des Auftraggebers angewendet werden, muss er diese in den Verdingungsunterlagen beifügen. Die Einbeziehung der EVB-IT und der BVB muss explizit erfolgen. Werden die EVB-IT und BVB nicht erwähnt, empfiehlt sich eine entsprechende Nachfrage beim Auftraggeber. Anderenfalls ist der Auftragnehmer berechtigt, seinem Angebot seine Geschäftsbedingungen beizufügen, die dann im Falle des Zuschlags auch Vertragsgegenstand werden. Aufgrund der gängigen Praxis der öffentlichen Auftraggeber, die EVB-IT und BVB zu verwenden, werden jedoch oft die ausgefüllten Formulare der EVB-IT oder BVB EVB-IT von Auftragnehmern ohne Aufforderung des Auftraggebers in ein Angebot aufgenommen. In diesen Fällen ist der Auftraggeber trotzdem Verwender der EVB-IT beziehungsweise BVB, und eventuelle Unklarheiten, versteckte oder unwirksame Klauseln gelten zu seinen Lasten. Nach der Rechtsprechung des BGH, ausgedrückt in NJW 1997, 2043 ff., ist anzunehmen, dass die EVB-IT (oder BVB) als Allgemeine Geschäftsbedingungen vom Auftraggeber gestellt wurden, da der Auftragnehmer sich nur dessen allgemeiner Übung beugt, in der Hoffnung so den Auftrag zu bekommen.

Da noch nicht alle BVB von entsprechenden EVB-IT ersetzt wurden, kann es zu einer parallelen Anwendung von BVB und EVB-IT kommen. Die bestehenden EVB-IT erfassen lediglich Standardleistungen, die keine werkvertraglichen Leistungen vorsehen. Bei gemischten Leistungen oder individuell auf den Auftraggeber zugeschnittenen Leistungen sind die EVB-IT daher entweder zu ändern und zu ergänzen, oder es ist die BVB zu verwenden. Zurzeit sind weitere EVB-IT in Planung, wie der EVB-IT Systemvertrag, die diese Probleme beseitigen sollen. Die EVB-IT und die BVB sind Einkaufsbedingungen (AGB) des Auftraggebers und unterliegen daher einer Wirksamkeitsprüfung nach §§ 305 ff. BGB. Daher muss jede einzelne Klausel auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft werden. Das kann insbesondere für die BVB problematisch sein, die zwar anhand eines Vorblattes an die Schuldrechtsreform angepasst sind, deren einzelne Regelungen jedoch immer noch auf der älteren Gesetzeslage beruhen. Damit können Verschiebungen der gesetzlich vorgesehenen Pflichten des Auftraggebers zu Lasten des Auftragnehmers erfolgen, die eine Unwirksamkeit der einzelnen Klausel begründen.

III. Ausblick auf die kommende Vergaberechtsreform

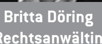
Die bisher erklärten Ziele der Vergaberechtsreform sind, die neuen Verfahren der novellierten EU-Vergaberichtlinien zu übernehmen, die Vorteile der elektronischen Abwicklung zu nutzen, überflüssige Verhaltensanweisungen an öffentliche Auftraggeber zu streichen, die Transparenz der Vergabeverfahren als „Ausgleich" zur Deregulierung und zur Korruptionsprävention zu erweitern und Sektorenauftraggeber nicht mehr unterschiedlich zu behandeln, sondern allen in den Sektoren Tätigen die Freiräume der Sektorenrichtlinie zu gewähren, insbesondere auch die Möglichkeit der gänzlichen Befreiung von der Anwendungsverpflichtung.

Möglich nach den EU-Richtlinien ist ferner die Einführung von umgekehrten „elektronischen Auktionen" (reverse auction), „Rahmenvereinbarungen", die für eine bestimmte Zeit Beschaffungsbedingungen aufstellen, und ein „dynamisches Beschaffungssystem" für die vollelektronische Beschaffung von marktüblichen Leistungen. Die Schwellenwerte sollen ferner angehoben werden, und zwar:

Bauaufträge		5.900.000 Euro
Liefer- und Dienstleistungsaufträge	im Sektorenbereich	470.000 Euro
	der obersten und oberen Bundesbehörden	150.000 Euro
	alle weiteren	230.000 Euro

Im Rahmen der Verschlankung des Vergaberechts sollen zudem die verschiedenen Normebenen und Rechtsquellen vereinheitlicht werden. So sollen die Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte durch eine einheitliche Vergabeordnung für alle Aufträge geregelt werden. Unterhalb der Schwellenwerte bleibt es jedoch bei den haushaltsrechtlichen Regelungen und den unterschiedlichen Verdingungsordnungen.

IT-Outsourcing – von der Idee zum Vertrag



Britta Döring
Rechtsanwältin


Marcus Toussaint
Rechtsanwalt

Das Thema IT-Outsourcing beschäftigt sowohl Anbieter als auch Auftraggeber bereits seit vielen Jahren. Während der Auftragnehmer hiermit eine Ausweitung und ein Wachstum seiner Geschäftsfelder verbindet, erhofft sich der Auftraggeber die klassischen Vorteile der Fremdvergabe von Teilen der Wertschöpfungskette. Dazu gehören zum Beispiel die Senkung von Kosten, das Erzielen von Effizienzen durch Skalen- und Synergieeffekte oder auch die Möglichkeit, sich auf eigene Kernkompetenzen konzentrieren zu können.

Oftmals resultieren aus diesen Vorstellungen allerdings widersprüchliche Zielausrichtungen: So versucht der Auftraggeber im Rahmen der Vertragsgestaltung zum Beispiel nutzungsabhängige Vergütungsmodelle zu vereinbaren, um einen flexiblen externen Kostenverlauf herbeizuführen und geht gleichzeitig von dem Paradigma aus, dass die Gesamtkosten durch Outsourcing sinken. Dabei verkennt er aber, dass sich der Auftragnehmer die Übernahme des Kostenrisikos für Investitionen natürlich vergüten lässt. Ebenso nimmt der Auftraggeber an, sich durch das Outsourcing verstärkt seinem eigentlichen Geschäft widmen zu können. Im Falle von Problemen innerhalb des ausgelagerten Bereiches muss er dann aber feststellen, dass die auftretenden Fehler direkten Einfluss auf seine Kerngeschäftsfelder haben.

Auf Grund der vielfältigen und teilweise widersprüchlichen Zielausrichtungen der Unternehmen hat sich ein sehr diversifizierter und schwer durchschaubarer Markt entwickelt. Die Serviceangebote der Dienstleister werden unter immer neuen Wortkreationen angeboten, vermeintlich klare Begrifflichkeiten wie ASP führen zu den unterschiedlichsten Definitionen.

Dieser Beitrag soll helfen für die rechtliche und vertragliche Gestaltung der Dienstleistungsverhältnisse im Outsourcing eine eigenständige und praxisorientierte Struktur zu schaffen.

I. Abgrenzung beziehungsweise Definition Outsourcing Betrieb/Projekte

Der Begriff Outsourcing (OS) ist ein Kunstwort, welches sich aus den englischen Begriffen „outside“, „resource“ und „using“ zusammensetzt. Diese Herleitung ermöglicht es praktisch jede, auch die IT-unabhängige fremd erbrachte Leistung als Outsourcing zu qualifizieren. Umso wichtiger ist es, der Thematik durch klare Abgrenzungen und Begrifflichkeiten eine fassbare Kontur zu geben.

Im IT-Bereich lassen sich grundsätzlich zwei Arten von Outsourcing unterscheiden: die Vergabe von so genannten Projektleistungen wie zum Beispiel der Anwendungsentwicklung und die Auslagerung von IT-Betriebsdienstleistungen wie zum Beispiel Rechenzentrumsbetrieb, Anwendungswartung oder Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit von Arbeitsplatzendgeräten.

Diese Form der Klassifizierung spiegelt sich auch häufig in den internen IT-Strukturen der Unternehmen und dem Leistungsportfolio der Outsourcing-Anbieter wider. Die nachfolgenden Betrachtungen beschäftigen sich hauptsächlich mit dem Outsourcing von Betriebsdienstleistungen.

II. Outsourcing-Modelle

Ein Unternehmen, das sich mit der Vergabe von IT-Betriebsdienstleistungen beschäftigt, steht am Anfang eines entsprechenden Ausschreibungsprozesses zunächst vor der Frage, welches Sourcingmodell für seine Zwecke geeignet ist: das Multiprovider-Sourcing oder das Komplett-Outsourcing.

A. Multiprovider-Sourcing

Von Multiprovider-Sourcing spricht man, wenn der IT-Betrieb ganzheitlich oder in Teilen, mit oder ohne zugehörige Vermögenswerte sowie gegebenenfalls Mitarbeiter an mehrere Dienstleister vergeben werden soll, die alle über die gleichen einschlägigen Skills verfügen und im Zweifel gegeneinander austauschbar wären.

B. Komplett-Outsorcing

Komplett-Outsourcing hingegen umfasst die ganzheitliche Vergabe des IT-Betriebs inklusive aller Assets und Mitarbeiter an einen einzigen Dienstleister. Das Modell des Komplett-Outsourcing wurde vorzugsweise ab Mitte der 90er Jahre verfolgt, wird zurzeit auf Grund der starken langfristigen Abhängigkeit des Unternehmens vom Dienstleister aber eher selten gewählt.

III. Definition der Servicekonstellationen

Soweit sich der Unternehmer für das gängige Modell des Multiprovider-Sourcing entscheidet, lässt sich feststellen, dass sich hierzu derzeit drei grundlegende Servicekonstellationen am Markt etablieren, die jede für sich besondere Auswirkungen auf die inhaltliche, vertragliche und rechtliche Gestaltung der späteren Dienstleistungsverhältnisse hat. Die drei Konstellationen werden nachfolgend als Outtasking, Managed Service und Full Managed Service bezeichnet, wobei in der Praxis und Literatur für die gleichen Konstellationen oft auch andere Begrifflichkeiten verwendet werden. Full Managed Service eignet sich als einzige der drei Konstellationen auch für das Modell des Komplett-Outsourcing.

A. Outtasking

Ein Outtasking liegt vor, wenn ein Unternehmen eine bestimmte Einzelaufgabe im Rahmen einer größeren Organisationseinheit oder eines umfassenden Geschäftsprozesses durch einen externen Dienstleister erbringen lässt. Wesentliches Merkmal hierbei ist, dass die Erfolgsverantwortung aufgrund der sehr starken Weisungsrechte und Abhängigkeiten zu Personen oder Prozessen des Auftraggebers bei diesem selbst und nicht beim Auftragnehmer liegt. Alle Assets, die zur Leistungserbringung notwendig sind, stehen im Eigentum des Auftraggebers.

B. Managed Service

Von einem Managed Service (MS) spricht man, wenn der jeweilige Dienstleister einen klar abgegrenzten Aufgabenbereich, wie zum Beispiel den Betrieb der Arbeitsplatzendgeräte beim Kunden, eigenverantwortlich erbringt. Hierbei verbleiben die Assets, die Wartungsverträge, mögliche Gewährleistungsrechte sowie die Hoheit über den Life Cycle der Hardware beim Auftraggeber. Der Dienstleister wird aufgrund dieser Konstellation immer detaillierte und umfangreiche Mitwirkungspflichten des Auftraggebers festschreiben, da seine Servicequalität und sein Gewinn wesentlich von diesen Mitwirkungspflichten abhängen.

C. Full Managed Service

Beim Full Managed Service (FMS) kommt zu den Aufgaben des Managed Service hinzu, dass der Dienstleister alle Assets sowie Wartungsverträge des Auftraggebers übernimmt und damit die Hoheit über die Weiterentwicklung beziehungsweise Optimierung der Infrastruktur besitzt. Der Dienstleister trägt also die gesamtumfängliche und alleinige Betriebsverantwortung für den übernommenen Bereich bis zum definierten Leistungsübergabepunkt. Diese umfasst auch das vollständige „Sizing"-Risiko für die eingesetzten Assets und das Personal. Inwieweit die Mengen und Wachstumsprognosen des Auftraggebers hierauf Einfluss haben, ist in den Vertragsverhandlungen zu klären.

IV. Ausschreibungsverfahren

Wie bei jeder Vertragsgestaltung über umfangreiche und komplexe Leistungen sind auch die Fehler, die im Rahmen einer Ausschreibung gemacht werden, kaum wieder zu negieren. Der Auftraggeber sollte daher seine Vorstellungen und Anforderungen gegenüber dem potenziellen Auftragnehmer zweifelsfrei dokumentieren und verständlich kommunizieren.

Die Phasen, welche ein Ausschreibungsverfahren für ein IT-Outsourcing durchläuft, unterscheiden sich nur bedingt von Ausschreibungen für andere komplexe Dienstleistungen. Ein wesentlicher Punkt, dem in der Praxis häufig zu wenig Augenmerk geschenkt wird, ist die Tatsache, dass das IT-Outsourcing eine strukturelle Veränderung für das Gesamtunternehmen und vor allem für die Mitarbeiter in dem betroffenen IT-Bereich mit sich bringt. Das berufliche Selbstverständnis des Einzelnen und die Vorbereitung auf neue Aufgaben erfordern eine nicht zu vernachlässigende Aufmerksamkeit des Managements weit über den reinen Vertragsabschluss hinaus.

Die Durchführung von Ausschreibungen sollte in erster Linie Aufgabe des Unternehmens selbst sein und nicht federführend externen Beratern überlassen werden. Nur wenn die betroffenen Mitarbeiter den Ausschreibungsprozess wesentlich begleiten und gestalten, kann ein erfolgreicher Vertragsabschluss und eine dauerhafte, leistungsorientierte Partnerschaft gelingen.

A. Meilensteine eines Ausschreibungsverfahrens

Auch wenn es eine Selbstverständlichkeit bei der Umsetzung eines solch intensiv in die Unternehmensprozesse eingreifenden Projektes sein sollte, muss darauf hingewiesen werden,

dass das Projekt eine intensive interne Projektsteuerung mit voller Unterstützung der Geschäftsleitung benötigt. Entscheidend für das Gelingen ist jedoch auch die Veränderungsbereitschaft und Flexibilität des gesamten Projektteams, da der Ausschreibungs- und Vertragsverhandlungsprozess immensen unplanbaren Ereignissen ausgesetzt ist, die sich vorher nicht in eine detaillierte Projektplanung integrieren lassen. Nachfolgend sind grob die wichtigsten Meilensteine eines solchen Projektes dargestellt:

- Entwicklung und Dokumentation der IT-(Sourcing-)Strategie
- Entscheidung über Projektorganisation
- Projektplanung
- Commitment aller Entscheidungsträger
- Marktevaluierung potenzieller Partner
- Erstellung Ausschreibungsunterlagen
- Einholung Angebote
- Vorauswahl der angeschriebenen Anbieter
- Präsentation der verbliebenen potenziellen Anbieter
- Entscheidung Verhandlungspartner (mindestens zwei)
- Vertragsverhandlung
- Vertragsabschluss
- Migration in das Zielszenario

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

Im Rahmen eines Ausschreibungsprozesses sollte bereits bei Erstellung der entsprechenden Unterlage neben den inhaltlichen Aspekten ausführlich auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der Ausschreibungsunterlage eingegangen werden. Hierzu gehören die allgemeinen rechtlichen Aspekte einer Ausschreibung wie zum Beispiel Vertraulichkeits-/Geheimhaltungserklärung, Urheberrechte, keine Verpflichtung zum Vertragsabschluss, Ausschluss Kostenübernahme für Angebotserstellung/Vertragsverhandlung. Daneben sollten bereits zu diesem Zeitpunkt auch Anforderungen des Unternehmens im Hinblick auf eine spätere formelle und inhaltliche Vertragsgestaltung konkretisiert werden.

Insbesondere empfiehlt es sich, den Entwurf eines Rahmenvertrages, zumindest jedoch die für das Unternehmen kritischen Regelungspunkte wie zum Beispiel Haftungsfragen, rechtliche Bedeutung von Service Level Agreements (SLAs) und Vertragsanpassung in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Dies sollte verbunden werden mit der Aufforderung an den Dienstleister, hierzu ausführlich und abschließend Stellung zu nehmen. In diesem Zusammenhang ist der Anbieter ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibungsunterlagen zusammen mit dem Angebot die Grundlage für die den jeweiligen Servicebereich betreffenden abzuschließenden Einzelverträge bilden und sowohl die Erstellung als auch die Dokumentenherrschaft über alle Verträge federführend beim Auftraggeber liegt. Auch die Anforderung, dass das abzugebende Angebot als verbindlich zu kennzeichnen ist, sollte nicht fehlen.

Die Praxis hat gezeigt, dass sich für die Auswahl der Anbieter die Erstellung einer an die nachfolgende Checkliste angelehnten detaillierten Matrix empfiehlt, welche zu den abgefragten Punkten eine Bewertungsskala inklusive Begründung enthält. Hierdurch kann eine umfassende und auch für das Management nachvollziehbare Beurteilung der Angebote sowie bestmögliche Objektivität gewährleistet werden.

C. Checkliste Ausschreibungsunterlagen

Nachfolgend ist eine grobe Checkliste für die Erstellung von Ausschreibungsunterlagen für den Betrieb eines Servicebereiches dargestellt:

- Zusammenfassung über das Ausschreibungsvorhaben
- Unternehmensdarstellung
- Ziele der Partnerschaft/Erwartungen des Ausschreibenden
- Bewertungskriterien für Angebote
- Ausschreibungsverfahren
- Geheimhaltung/Vertraulichkeit sowie sonstige Verpflichtungen
- Leistungsumfang und Leistungsbeschreibung
  - Darstellung Ist-Situation
  - Darstellung Ziel-Situation
  - Leistungen und Service Level Agreements
  - Leistungsabgrenzung
  - Optionale Leistungen
  - Überführungsmodell (Migration)
  - Übernahme von Assets/Mitarbeitern
  - Innovationen durch den Anbieter
  - Reportingverfahren
  - Standorte der Leistungserbringung
  - Beendigungsabwicklung
  - Beistellungen

- Service-Prozesse und -Organisationen
- Vertragslaufzeit und Beendigung
- Anforderungen und Erwartungen an das Preismodell
  - Preismodell für den Betrieb
  - Preisdegression
  - Vergütungsmodell für Migration und Übernahme
  - Stunden-/Tagessätze für Projekte
  - Bonusregelungen
  - Malusregelungen
  - Ablösesumme bei vorzeitiger Vertragsbeendigung

- Abrechnungsverfahren
- Benchmarking
- Rechtliche Rahmenbedingungen
- Lösungsansatz des Anbieters
  - Angebotsstruktur
  - Angebotsinhalte
  - Informationen über den Anbieter
  - Referenzen

V. Vertragliche Rahmenbedingungen

Unabhängig davon, ob sich der Auftraggeber für ein Komplett-Outsourcing oder ein Multiprovider-Sourcing mit einer der bereits beschriebenen Servicekonstellationen entscheidet, liegen allen Modellen die aufgezeigten rechtlichen Gemeinsamkeiten zugrunde. Ergänzend hierzu werden im Folgenden die vertraglichen Besonderheiten der einzelnen Servicekonstellationen ausgeführt. Die Frage, ob mit der Ausgliederung eines Aufgabenbereiches auch ein Betriebsübergang nach den gesetzlichen Regelungen verbunden ist (z. B. § 613a BGB), welcher Auswirkungen auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter des Auftraggebers hätte, bleibt an dieser Stelle unberücksichtigt.

A. Vertragsstruktur

Für den Aufbau eines Outsourcing-Vertragswerkes gibt es keine verbindlichen Regelungen. Im Laufe der Jahre hat sich für das IT-Outsourcing jedoch eine modulare Vertragsstruktur entwickelt, die aus einem Rahmenvertrag und dazugehörigen Einzelverträgen besteht. Hintergrund ist der sehr hohe Änderungsbedarf innerhalb der Leistungsbeziehungen, der durch sich ständig wechselnde Anforderungen und Möglichkeiten des IT-Outsourcings hervorgerufen wird. Der Rahmenvertrag umfasst daher nur allgemein rechtliche und kaufmännische Regelungen, die für eine Mehrzahl von Vertragsabschlüssen (Einzelverträge) übergreifend gelten und während der Vertragslaufzeit zumeist keinen Änderungen unterworfen sind. Er begründet im Gegensatz zu den Einzelverträgen keine direkte Leistungsbeziehung zwischen den Parteien. Der Rahmenvertrag sollte so gestaltet sein, dass nicht nur das IT-Outsourcing für den Betrieb bestimmter Servicebereiche unter diesem juristischen Dach abgewickelt werden kann, sondern auch alle weiteren denkbaren IT-Projekte, wie zum Beispiel die bereits erwähnte Anwendungsentwicklung.

In den Einzelverträgen hingegen sind die Leistungspflichten der Parteien für klar abgrenzbare Betriebsbereiche detailliert niedergelegt. Um den wechselnden Anforderungen des Auftraggebers an seine Geschäftsprozesse Rechnung tragen zu können, sollten diese Verträge ständig angepasst werden, um somit aktuell die Wirklichkeit der Beziehung abzubilden. Zur schnelleren Umsetzung bietet es sich an, unterjährig entsprechende Änderungsvereinbarungen abzuschließen und einmal jährlich gemeinsam den Vertrag unter Integration der Änderungsvereinbarungen „neu zu schreiben“. Es sollte für jeden Betriebsbereich ein eigenständiger Einzelvertrag geschlossen werden, da das Vertragswerk sonst nicht mehr flexibel genug für Anpassungen ist.

Die nachfolgend dargestellten Checklisten eignen sich sowohl für ein Komplett-Outsourcing als auch ein Multiprovider-Sourcing mit allen dargestellten Servicekonstellationen, wobei sich die Schwerpunkte und der Detaillierungsgrad jeweils verschieben.

B. Checkliste Rahmenvertrag

Nachfolgend ist beispielhaft eine grobe Checkliste für einen Rahmenvertrag dargestellt:

- Präambel
- Vertragspartner und Leistungsempfänger
- Vertragsgegenstand und Geltungsbereich
- Vertragshierarchie
- Zahlungsbedingungen
- Zeiterfassung
- Vertragslaufzeit und Vertragsbeendigung
- Beendigungsunterstützung
- Verzug und Gefahrübergang
- Eigentums- und Nutzungsrechte
- Vertraulichkeit und Datenschutz
- Mängelhaftung (Gewährleistung) und Verjährung
- Schutzrechtsverletzung
- Haftung, Schadensersatz und Garantie
- Rechtliche Bedeutung von SLA
- Benchmarking
- Vertragsanpassung (dynamische Leistungspartnerschaft)
- Mitwirkungs- und Nebenleistungspflichten
- Personaleinsatz
- Erstellung und Implementierung von Software
- Kauf von Standardsoftware
- Wartung und Support von Software
- Abnahme von Softwareleistungen
- Schulungen und Handbücher
- Beratungsleistungen
- Änderung Leistungsumfang
- Wettbewerbsklausel
- Sicherheitsmanagement
- Subunternehmer
- Abtretung und Beitrittsklausel

- Revision
- Zertifizierung und DIN-Normen
- Referenzlisten und Werbung
- Eskalations- und Managementsystem
- Salvatorische Klausel
- Schriftformerfordernis
- Schiedsgerichtsklausel/Schlichtungsklausel
- Anwendbares Recht und Gerichtsstand

C. Checkliste Einzelvertrag Betrieb inklusive SLAs
Bei Einzelverträgen hat sich in der Praxis aufgrund der unterschiedlichen Adressatenkreise eine Einteilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil bewährt. Der Allgemeine Teil umfasst generelle Regelungen und betriebswirtschaftliche Elemente, während der Besondere Teil die zu erbringenden Leistungen, SLAs sowie die technischen Anforderungen enthält.

Für die Darstellung der Leistungsbeschreibung und Prozesse bietet es sich an, sich an einer der unterschiedlichen Ausprägungen von ITIL (IT Infrastructure Library) zu orientieren. ITIL ist ein in Großbritannien entwickelter Leitfaden zur Unterteilung der Funktionen und Organisation der Prozesse, die im Rahmen des Betriebs einer IT-Infrastruktur eines Unternehmens entstehen (IT Service Management). Vor allem in England und den Niederlanden ist die Organisation dieser Prozesse nach ITIL ein weit verbreiteter Standard, in Deutschland wächst die Bedeutung stetig. Dieser Leitfaden erleichtert die Definition und Prüfung der Vollständigkeit der Beschreibung, kann jedoch niemals das Nachdenken und Vereinbaren von konkreten Leistungen ersetzen. Ein globaler Verweis wie zum Beispiel „die Leistungspflichten entsprechen der ITIL-Definition" ist unzureichend, da unklar bleibt, auf welche der zahlreichen Ausprägungen von ITIL verwiesen wird, und die Mehrzahl der dort beschriebenen Leistungen nicht standardisiert, sondern zugeschnitten auf die individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Unternehmens benötigt werden.

1. Allgemeiner Teil
- Vertragsgegenstand und Geltungsbereich
- Standorte
- Servicezeiten
- Vergütungsregelungen und Mengenmodell
- Vertragslaufzeit
- Vertragsbeendigung
- Rückabwicklung des Vertrages
- Schnittstellen zu anderen Dienstleistern

2. Besonderer Teil
- Leistungserstellung
  - Beschaffung und Anlieferung
  - Installation und Konfiguration
  - Betrieb
  - Wartung Hardware, Systeme, Anwendungen und Verfahren
  - Datensicherung
  - Durchführung Move, Add, Change

- Leistungssupport
  - Incident Management
  - Problem Management
  - Change Management
  - Release Management
  - Configuration Management

- Planung und Steuerung
  - Service Level Management
  - Financial Management
  - Capacity Management
  - Availability Management
  - Continuity Management
  - Security Management

- SLAs
  - Beginn
  - Inhalt/Ziel
  - Leistungsindikatoren, Key Perfomance Indicators (KPIs)
  - Messpunkte
  - Messmethoden
  - Verantwortlichkeiten
  - Mitwirkungspflichen
  - Geplante Ausfallzeiten
  - Datensicherungen
  - Minderung bei Nichteinhaltung (Malusregelung)
  - Außerordentliches Kündigungsrecht
  - Reporting
  - Eskalationsverfahren/Managementstruktur

3. Vertragliche Besonderheiten der Servicekonstellationen
Zu den bereits ausgeführten rechtlichen Gemeinsamkeiten für das Komplett-Outsourcing und Multiprovider-Sourcing sind im Rahmen des Multiprovider-Sourcing abhängig von der gewählten Servicekonstellation einige vertragliche Besonderheiten zu berücksichtigen.

Outtasking
- Abgrenzungen innerhalb des Betriebsbereichs
- Verantwortlichkeiten
- Weisungsrechte
- Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Managed Service
- Rechte am Umgang von Hardware und Software
- Verantwortlichkeiten und Kostentragung
- Weiterentwicklung/Erweiterungen
- Mitwirkungspflichten Auftraggeber

Full Managed Service
- Plattformverantwortung/Weiterentwicklung
- Vetorecht Auftraggeber
- Übernahme von eingesetzten Assets nach Vertragsbeendigung
- Steuerliche Besonderheiten

4. Checkliste Migrationsverträge
Bei der erstmaligen Übertragung oder Überführung des IT-Betriebes an oder zu einem neuen Dienstleister werden die interne IT-Abteilung oder der bisherige Outsourcing-Anbieter zwei Formen von Unterstützung leisten müssen. Diese beinhalten zum einen Dienstleistungen, die unter den Punkt „Know-how-Transfer" gefasst werden können. Zum anderen – abhängig von der gewählten Servicekonstellation – wird auch ein so genannter „Asset Transfer" geleistet werden, welcher neben der Übertragung der Vermögenswerte auch die zu verarbeitenden Daten und den Mitarbeiterübergang an sich vorsieht. An einen Mitarbeiterübergang werden besondere Anforderungen gestellt, die an dieser Stelle aufgrund ihrer Komplexität nicht weiter behandelt werden. Auch Migrationsverträge sollten unter dem rechtlichen Dach des Rahmenvertrages abgeschlossen werden.

a) Know-how-Transfer
Bei den Regelungen des Know-how-Transfers stehen vor allem die Fragen zu den konkreten Verantwortlichkeiten bei der Überführung des zu übernehmenden Outsourcing-Betriebes sowie die Übertragung der Rechte am geistigen Eigentum des vorherigen Betriebsverantwortlichen im Vordergrund. Folgende Punkte sind bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen:
- Einleitung
- Ist-Szenario
- Ziel-Szenario
- Know-how-Transfer
  - Projektplanung
  - Dokumentationen von Systemumgebungen
  - Statistiken, Auswertungen über Betriebssituationen
  - Prozessbeschreibungen inklusive der Rechte an diesen
  - Schulung des zukünftigen Betreibers
  - Eventueller Parallelbetrieb

b) Asset Transfer
Im Rahmen des Asset Transfers ist eine intensive Prüfung der vorhandenen Eigentumsverhältnisse vorzunehmen. Gerade die operative Abwicklung der Übertragung von Rechten Dritter, die am Outsourcing nicht direkt beteiligt sind, gestaltet sich aufwändig. Versäumnisse in diesem Umfeld können jedoch große Auswirkungen auf den späteren Betrieb haben, wenn zum Beispiel die Nutzungsrechte an einer Software ohne Wissen oder Zustimmung des Lizenzgebers übertragen worden sind und dieser später dem Outsourcingpartner aufgrund seines fehlenden Einverständnisses die Nutzung untersagen will. Nachfolgend ist eine Checkliste für mögliche Regelungspunkte aufgeführt:
- Einleitung
- Ist-Szenario
- Ziel-Szenario
- Hardware
  - Verpflichtung zur Übernahme
  - Berechnungsgrundlage (Buchwert, Abschreibungsmethoden)
  - Gegebenenfalls Übernahme Leasingverträge
  - Gegebenenfalls Klärung mit dem Leasinggeber
  - Rückbau der Betriebsstätte
  - Entsorgung Geräte

- Software
  - Lizenzverträge
  - Eigensoftware
  - Fremdsoftware
  - Wartungsverträge Nachweise über Lizenzen
  - Vorherige Absprache bei zu übernehmenden Komponenten
  - Steuerrechtliche Fragen
  - Transportkosten

- Mitarbeiterübergang
- Datentransfer
- Löschung Altdaten, Überprüfung etc. Übernahmeverträge

Ergänzend ist anzumerken, dass die Vertragsparteien bei der Übertragung von Assets (Hardware, Software, Wartungsverträge) durch den Anbieter eine Vereinbarung treffen sollten, welche für den Fall der Beendigung des Betriebseinzelvertrages eine optionale (Rück-)Übernahme der Assets

durch das Unternehmen oder einen von ihm benannten Dritten vorsieht. Dies bezieht sich auf alle Vermögenswerte, die zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung zur Sicherstellung des zukünftigen IT-Betriebes notwendig sind. Es kann sich also sowohl um zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses übertragene Assets handeln als auch um solche, die während der Partnerschaft von dem Dienstleister neu angeschafft worden sind. Aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen empfiehlt es sich, eine Optionsklausel und keine Verpflichtung zur Rückübertragung zu definieren. Wie diese im Einzelnen zu gestalten ist und ob sie gesondert oder als Teil des Betriebseinzelvertrages vereinbart werden soll, ist für den jeweiligen Einzelfall mit den zuständigen Fachabteilungen (Steuern/Recht) beziehungsweise Wirtschaftsprüfern abzustimmen.

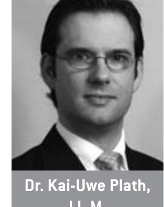
VI. Abschlusswort

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Thema IT-Outsourcing bei Weitem nicht der undurchdringbare Dschungel ist, als der er sich bei erster Betrachtung erweisen mag. Gerade Anbieter von Leistungen im IT-Umfeld verstehen es bis zur Perfektion, die potenziellen Auftraggeber durch markige Werbebotschaften und sich ständig erneuernde unverständliche Worthülsen zu irritieren, um diese Irritation dann für ihre Geschäftsmodelle gewinnbringend einzusetzen.

Sobald man jedoch hinter die Kulissen schaut und auch einfachste Sachverhalte immer wieder hinterfragt, wird man feststellen, dass selbst komplex dargestellte Themen ohne tiefer gehendes Fachwissen für Außenstehende mit einem normalen Maß an Abstraktionsvermögen nachvollziehbar sind. Beispielweise verbirgt sich hinter einem Application Service Providing nicht mehr, als die Bereitstellung eines Servers in einem Rechenzentrum, die Installation und Wartung von Software-Programmen und die Bereitstellung dieser Software mittels moderner Netztechnologie gegen eine nutzungsabhängige Pauschale. Für diese Art von Outsourcing muss der Auftraggeber nicht notwendigerweise wissen, wie das Coding der Software-Programme aussieht oder ob das Netz aus dezidierten Leitungen oder MPLS-Verbindungen besteht.

Von der Entwicklung einer Strategie über die Suche nach Partnern sowie den Auswahlprozess bis hin zum Vertragsabschluss ist der Weg in erster Linie durch strukturiertes Aufbereiten, Planen, Durchdenken und gesunden Menschenverstand zu beschreiten.

IT-Garantien beim Unternehmenskauf



Dr. Kai-Uwe Plath, LL.M.
Freshfields Bruckhaus Deringer

I. Bedeutung der IT beim Unternehmenskauf

Das Thema „Informationstechnologie“ spielt mittlerweile bei der Mehrzahl von Unternehmenstransaktionen eine bedeutende Rolle. Dabei geht es aus Käufersicht vornehmlich um die Frage, ob das zum Verkauf anstehende Unternehmen (die „Zielgesellschaft“) über die zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen IT-Systeme und vor allem über die entsprechenden Nutzungsrechte an diesen IT-Systemen verfügt. Zwar findet im Rahmen größerer Unternehmenstransaktionen vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages regelmäßig eine umfangreiche Unternehmensprüfung („Due Diligence“) statt, im Zuge derer sich der Käufer einen Überblick über die vorhandenen IT-Systeme verschaffen kann. Jedoch besteht in der Regel ein Bedarf nach zusätzlicher vertraglicher Absicherung, da eine abschließende rechtliche Bewertung im Zuge der Due Diligence nur selten möglich ist. Zu diesem Zweck werden in den Unternehmens-kaufverträgen üblicherweise Garantien vereinbart, die den Käufer vor unvorhergesehenen Risiken schützen sollen. In dem nachfolgenden Beitrag sollen Hinweise zur Gestaltung der entsprechenden Vertragsklauseln in der Praxis gegeben werden.

II. Zweck der IT-Garantien beim Unternehmenskauf

Zweck der IT-Garantien ist es, dem Käufer Sicherheit über Bestand und Funktionsfähigkeit der vorhandenen IT-Systeme des verkauften Unternehmens zu gewähren. Zwar kann über eine Garantieklausel freilich nicht bewirkt werden, dass die Zielgesellschaft in den Besitz nicht vorhandener Rechte gelangt. Die Garantieklausel führt jedoch dazu, dass der Käufer bei Verstößen gegen die gewährten Garantien durch den Verkäufer einen Ausgleich in Form von Preisanpassungs-, Minderungs- oder sonstigen vertraglich vereinbarten Rechten erhält.

III. Inhalt der IT-Garantien

Der Inhalt der IT-Garantien richtet sich vornehmlich nach der Interessenlage des Käufers sowie dem Umfang und der Funktion der vorhandenen IT-Systeme. Betreibt die Zielgesellschaft zum Beispiel eine E-Commerce-Plattform, so wird es dem Käufer in der Regel vor allem darauf ankommen, dass ein möglichst uneingeschränkter Betrieb der Plattform mit hoher Verfügbarkeit gesichert ist, während das Thema Verfügbarkeit bei lediglich intern genutzten Anwendungen eher von untergeordneter Bedeutung sein wird. Gleichwohl folgen die Problemstellungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen regelmäßig einem einheitlichen Grundmuster, an dem sich die nachfolgende Darstellung orientiert.

A. Definition der erfassten IT-Systeme

Zunächst sollte klar definiert werden, welche Systeme von der IT-Garantie umfasst sind. Dabei empfiehlt sich aus Käufersicht eine möglichst weit gefasste Definition, die zur Vermeidung ungewollter Beschränkungen nicht allein auf Hard- und Software limitiert, sondern auch auf

Kommunikationssysteme, Netzwerksysteme und sonstige Systeme der Informationstechnologie ausgedehnt werden sollte. Bei urheberrechtlich geschützter Software kann es zu Konflikten hinsichtlich des Anwendungsvorrangs der IT-Garantie gegenüber den entsprechenden Garantien im Bereich der sonstigen gewerblichen Schutzrechte und Urheberrechte kommen. Es sollte daher klargestellt werden, dass Software für die Zwecke des Vertrages allein den IT-Garantien zuzuordnen ist, um Widersprüche zu vermeiden.

B. Nutzungsrechte an den benötigen IT-Systemen

Das zentrale wirtschaftliche Anliegen des Käufers ist es, dass der Zielgesellschaft sämtliche IT-Systeme zur Verfügung stehen, die sie zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs benötigt. Wie bereits dargestellt, kann der Käufer in der Regel jedoch weder beurteilen, welche IT-Systeme die Zielgesellschaft dazu benötigt, noch ob sie die erforderlichen Rechte an diesen Systemen besitzt. Daher sollte die entsprechende Garantieklausel beiden Anforderungen Rechnung tragen, indem zum einen eine vollständige Liste der benötigten IT-Systeme aufgenommen wird und zum anderen eine Garantie, dass der Zielgesellschaft diese IT-Systeme in dem erforderlichen Umfang zur Nutzung zur Verfügung stehen und sie über die dazu erforderlichen Rechte verfügt.

Soweit die Zielgesellschaft zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs auf individuell entwickelte Softwarelösungen angewiesen ist, empfiehlt sich aus Käufersicht zudem die Aufnahme einer spezifischen Klausel zur Sicherung der Rechte an dieser Software. Der Grund für dieses Bedürfnis nach besonderer Absicherung ist, dass Individualsoftware häufig zur Steuerung gerade der wesentlichen Geschäftsprozesse eines Unternehmens genutzt wird und – anders als Standardsoftware – nicht ohne weiteres ersetzt werden kann. Darüber hinaus sind die Rechte an Individualsoftware häufig weniger klar dokumentiert als die Rechte an Standardsoftware, sodass der Käufer in geringerem Maße in der Lage ist, sich selbst ein verlässliches Bild von der Rechtslage zu verschaffen.

Bei Individualsoftware, die „in-house" durch Arbeitnehmer der Zielgesellschaft entwickelt worden ist, stehen sämtliche übertragbaren Rechte nach § 69b UrhG unmittelbar der Zielgesellschaft zu. Insoweit wäre allenfalls eine Klausel aufzunehmen, dass die entsprechende Software ausschließlich durch fest angestellte Arbeitnehmer der Zielgesellschaft entwickelt worden ist, da die Regelung des § 69b UrhG auf freie Mitarbeiter keine Anwendung findet. Soweit die Individualsoftware hingegen nicht intern, sondern durch externe Entwicklungshäuser oder sonstige Dritte für die Zielgesellschaft erstellt worden ist, gilt es zunächst zu prüfen, welche Rechte der Zielgesellschaft im Verhältnis zum Dritten zustehen. Eine entsprechende Garantie in dem Unternehmenskaufvertrag sollte sich sodann auf die Wirksamkeit der Rechtseinräumung unter dem Lizenzvertrag mit dem Dritten und den Bestand der daraus folgenden Rechte beziehen.

C. IT-Verträge

Soweit die Zielgesellschaft ihre Nutzungsrechte an den IT-Systemen von Dritten ableitet, besteht das Risiko einer (vorzeitigen) Kündigung oder sonstigen Beendigung der entsprechenden Lizenz-, Miet- und Leasingverträge. Gleiches gilt für bestehende Wartungs-, Pflege- und sonstige IT-Verträge mit Dritten, die zur Aufrechterhaltung des IT-Betriebs der Zielgesellschaft erforderlich sind. Insoweit sollte aus Käufersicht eine Garantie bezüglich der bestehenden Restlaufzeit dieser Verträge eingeholt werden, etwa dass sämtliche Verträge – soweit nicht anders angegeben – eine feste Restlaufzeit von mindestens zwölf Monaten aufweisen. Zudem wird in der Praxis häufig die Zusage gefordert, dass sämtliche Gebühren unter den Verträgen stets pünktlich gezahlt worden sind und dass auch sonst keine Gründe bestehen, die eine Kündigung rechtfertigen könnten. Ob und inwieweit der Verkäufer zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung bereit ist, richtet sich vornehmlich nach der Stärke der jeweiligen Verhandlungspositionen.

1. Outsourcing-Verträge

Im Falle bestehender Outsourcing-Verträge ist zunächst die Interessenlage des Käufers zu ermitteln. Häufig wird ihm daran gelegen sein, bestehende Outsourcing-Verträge vorzeitig zu kündigen, um den IT-Betrieb der Zielgesellschaft selbst oder durch einen neuen Dienstleister fortführen zu können. Steht dem Käufer eine solche Möglichkeit nicht zur Verfügung, wird es ihm hingegen gerade darauf ankommen, eine vorzeitige Beendigung des Vertrages auszuschließen. Im letzteren Fall eignet sich die soeben beschriebene Klausel zur Absicherung des Käufers. Im ersteren Fall ist zu erwägen, mit dem Dienstleister Verhandlungen über eine vorzeitige Beendigung des Outsourcing-Vertrages aufzunehmen. Insoweit wäre in dem Unternehmenskaufvertrag zu regeln, welche Partei etwaige Entschädigungszahlungen für eine vorzeitige Aufhebung zu tragen hat und welche Konsequenzen gelten sollen, falls eine vorzeitige Aufhebung nicht erzielt werden kann.

2. Change-of-Control

In Lizenz- und sonstigen IT-Verträgen finden sich verbreitet Change-of-Control-Klauseln, mit denen sich der Lizenzgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung für den Fall vorbehält, dass sich die Beteiligungsverhältnisse bei dem Lizenznehmer wesentlich ändern. Soweit durchsetzbar, sollte der Käufer daher eine Garantie aufnehmen, wonach der Erwerb der Anteile an der Zielgesellschaft keine Kündigungsrechte für Lizenzgeber oder sonstige Vertragspartner der Zielgesellschaft begründet.

D. Funktionsfähigkeit der IT-Systeme

Mit Blick auf die Funktionsfähigkeit und Anfälligkeit der vorhandenen IT-Systeme wäre es aus Käufersicht wünschenswert, eine in die Zukunft gerichtete Garantie hinsichtlich des fehlerfreien Betriebs etwa über die nächsten sechs Monate ab Vertragsschluss zu erhalten. Indes werden die Verkäufer nur in Ausnahmefällen bereit sein, eine entsprechende Erklärung abzugeben. Insoweit werden regelmäßig in die Vergangenheit gerichtete Aussagen eingefordert, die wie folgt formuliert werden könnten: „Der Verkäufer garantiert, dass es innerhalb der letzten zwei Jahre bis zur Unterzeichnung dieses Vertrages zu keinen Ausfällen oder Abstürzen der IT-Systeme gekommen ist, die zu einer wesentlichen Unterbrechung des Geschäftsbetriebs der Zielgesellschaft geführt haben."

IV. Übergangsvereinbarungen

Viele Konzerne sind in den letzten Jahren dazu übergegangen, die IT-Leistungen ihrer Gruppe zentral durch eine konzerninterne IT-Servicegesellschaft erbringen zu lassen. In derartigen Fällen ist es bei dem Verkauf eines Konzernunternehmens aus technischen und organisatorischen Gründen häufig unvermeidbar, dass die IT-Systeme des betroffenen Unternehmens für eine gewisse Übergangszeit weiterhin durch die IT-Servicegesellschaft betrieben werden. Üblicherweise werden die entsprechenden Regelungen im Rahmen eines gesonderten IT-Service-Vertrags vereinbart. Dabei stellt sich aus Käufersicht regelmäßig das Problem, dass er selbst nicht beurteilen kann, welche Services die Zielgesellschaft unter dem IT-Service-Vertrag benötigt. In solchen Fällen kann sich der Käufer mit einer Garantie behelfen, wonach der IT-Service-Vertrag die Zielgesellschaft in die Lage versetzt, ihren Geschäftsbetrieb in der bisherigen Form fortzuführen.

Bei Abschluss eines IT-Service-Vertrags gilt es zudem genau zu prüfen, ob die IT-Servicegesellschaft berechtigt ist, der Zielgesellschaft die betroffenen Anwendungen auch noch nach Vollziehung des Unternehmenskaufs zur Verfügung zu stellen. Denn häufig finden sich in den Lizenzverträgen der Softwarelieferanten Klauseln, nach denen die Software lediglich durch „verbundene Unternehmen“ genutzt werden darf.

V. Zusammenfassung

Aus Käufersicht besteht im Rahmen von Unternehmenstransaktionen regelmäßig ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den Bestand und die Funktionsfähigkeit der IT-Systeme der Zielgesellschaft im Wege von IT-Garantien abzusichern. Die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Vertragsklauseln richtet sich naturgemäß stets nach der Interessenlage der Parteien im Einzelfall. Diese ist genau zu ermitteln. Nachlässigkeiten in diesem Bereich können erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Rechtsfragen der IT-Security


Dr. Philipp Herrmann
Heissner & Struck

I. IT-Risikomanagement

Es ist ein betriebswirtschaftlicher Allgemeinplatz geworden, dass zu der operativen Geschäftsführung eines Unternehmens auch ein flankierendes Risikomanagement gehört. Es wird nicht mehr als ausreichend angesehen, die Risiken nachsorgend zu versichern oder erst nachträglich Maßnahmen zu ergreifen, um einen eingetretenen Schaden zu minimieren. Im Rahmen eines vorsorgenden Risikomanagements werden die Risiken identifiziert, analysiert, bewertet und entsprechende Steuerungskonzepte entwickelt, die bei allen aktuellen unternehmerischen Entscheidungen berücksichtigt werden sollen. Aufgrund der elementaren Bedeutung der Informationstechnologie für die betrieblichen Abläufe ist es selbstverständlich, dass das Risikomanagement auch das spezielle Risikopotenzial der IT-Prozesse berücksichtigen muss.

A. Datenschutz

Der Datenschutz dient dem Schutz personenbezogener Daten, die dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen unterliegen (§ 1 Abs. 1 BDSG). Aus der Sicht des Datenschutzes ist daher das Risiko für den Betroffenen relevant, dass dessen personenbezogene Daten unbefugt offenbart und verändert werden könnten. Wer personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, muss durch technische und organisatorische Maßnahmen eine Datensicherung gewährleisten (§ 9 BDSG). Als Anlage zu § 9 BDSG sind verschiedene Kontrollen vorgeschrieben, die den Zugriff eines unberechtigten Nutzers auf Daten oder aber eine unbefugte Verwendung der Daten durch einen berechtigten Nutzer in jeder Phase der Datenverarbeitung verhindern sollen. Zur Verfolgung etwaiger Verstöße sind die Zugriffe zu dokumentieren. Darüber hinaus sollen die Daten gegen zufällige Zerstörung oder Verlust geschützt werden.

Aufgrund der datenschutzrechtlichen Vorgaben müssen die IT-Prozesse daher allen Risiken effektiv mit technischen und organisatorischen Maßnahmen begegnen, die für die nachstehenden Schutzziele bestehen:

- Autorisierung (Zugriff auf Daten nur durch Berechtigte im Umfang der Berechtigung)
- Vertraulichkeit (Daten werden durch Berechtigte nicht offenbart und vor dem Zugriff Dritter geschützt)
- Integrität (Daten werden während der Bearbeitung/Übertragung nicht geändert)
- Verfügbarkeit (Daten können bei berechtigtem Zugriff genutzt werden)

Die Vorschrift des § 9 BDSG verlangt diejenigen Maßnahmen der Datensicherung, die sich mit verhältnismäßigem Aufwand je nach Bedeutung der Schutzziele verwirklichen lassen. Nach sachverständiger Schätzung sind 80 Prozent der Sicherheitslücken auf eine mangelhafte Organisation zurückzuführen. Aus § 9 BDSG lässt sich also eine zwingende Verpflichtung zur Einführung und Überwachung von organisatorischen Schutzvorkehrungen durch „Mitarbeiterrichtlinien“ ableiten,

die sich im Regelfall gerade mit verhältnismäßig geringen Aufwand umsetzen lassen. Die Schaffung verbindlicher datenschutzfreundlicher Regelungen für die Mitarbeiter datenverarbeitender Stellen und die Dokumentation der betrieblichen IT-Abläufe stehen daher an erster Stelle des aus datenschutzrechtlichen Gründen geforderten IT-Risikomanagements (ein Überblick über die Maßnahmen gemäß § 9 BDSG findet sich bei Heibey in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrechtes, 2003, S. 588 ff.). Konkret müssen gegebenenfalls durch Betriebsvereinbarungen beispielsweise der Gebrauch von Authentifizierungsmitteln (Passwörter u. Ä.) und von Verschlüsselungstechnik, die Benutzung beweglicher Datenträger wie Notebooks, Laptops oder USB-Sticks, die Durchführung der Datenverwaltung und Datenspeicherung sowie Vertretungsregelungen für den Fall der Abwesenheit des berechtigten Mitarbeiters getroffen werden.

B. IT-Sicherheit

Aus der Perspektive der IT-Sicherheit bestehen die relevanten Risiken darin, dass geschützte Daten der datenverarbeitenden Organisation unbefugt offenbart, verändert, genutzt oder aber die Funktionsweise der IT-Prozesse beeinträchtigt werden, sodass die intakten Daten für den berechtigten Zugriff nicht zur Verfügung stehen. Es existieren daher Schnittmengen zwischen den Schutzzielen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit, da die IT-Sicherheit ebenfalls vorrangig an der Gewährleistung der Autorisierung, der Vertraulichkeit, der Integrität sowie der Verfügbarkeit des Datenbestandes ausgerichtet ist. Daneben sind aus Gründen der IT-Sicherheit insbesondere bei der Steuerung von Geschäftsprozessen über Informationstechnologie weitere Schutzziele zu sichern:

- Authentizität (Identität der Datenherkunft ist sichergestellt)
- Verbindlichkeit (Identität des Nutzers einer Datenverarbeitung ist sichergestellt)

C. Risikoanalyse und Sicherheitskonzept

IT-Risikomanagement bedeutet, die Risiken für die verfolgten Schutzziele zu analysieren und diese Risiken durch Vorsorgemaßnahmen zu reduzieren. Dabei sind nicht nur die internen und externen Angriffsmöglichkeiten sowie die Schwachstellen der IT-Prozesse zu identifizieren. Auch die IT-Anwendungen müssen auf ihre Schutzbedürftigkeit hin untersucht werden, um die Risiken und die notwendigen Vorkehrungen im Rahmen eines Sicherheitskonzeptes in einen angemessenen Ausgleich bringen zu können. Die Verantwortung für die Entwicklung eines IT-Risikomanagements liegt unmittelbar bei der Geschäftsführung eines Unternehmens, wobei inzwischen in Gestalt des IT-Grundschutzhandbuches des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) eine praxisorientierte Anleitung vorliegt. Jedenfalls in Deutschland verbürgt das IT-Grundschutzhandbuch auch einen anerkannten Standard (in der Sache wird der international gebräuchlichere British Standard BS 7799/7799.2 ebenfalls eingehalten, wenn nicht sogar übertroffen). Die modulare Aufbauweise des IT-Grundschutzhandbuches gestattet individuelle Sicherheitslösungen. Immer ist aber das „Sicherheitsbewusstsein“ aller IT-Anwender ein zentraler Baustein eines Sicherheitskonzeptes.

II. Folgen eines unzureichenden IT-Risikomanagements

Es dürfte außer Zweifel stehen, dass ein effizientes IT-Risikomanagement zur Steuerung der unternehmerischen Prozesse sinnvoll ist. Ebenso wenig ist zweifelhaft, dass ein IT-Risikomanagement aufgrund der erheblichen Schadenshöhe im Falle eines dauerhaften Datenverlustes oder einer anhaltenden Unterbrechung der Datenverarbeitung eine zweckmäßige Vorsorgemaßnahme ist. Gleichwohl verfahren viele Unternehmen nach den Maximen „Das haben wir schon immer so gemacht“ oder „Bis jetzt ist doch nichts passiert, oder?“. Abseits der flagranten Selbstgefährdung des Unternehmenserfolges ist dieser indifferente Umgang mit IT-Risiken problematisch, soweit die Unternehmen auf einen bestimmten IT-Sicherheitsstandard verpflichtet sind und eine Verletzung dieses IT-Sicherheitsstandards daher mit unmittelbar nachteiligen Folgen – sprich: Sanktionen – verbunden ist.

A. Rechtliche Sanktionen

Ein bestimmter IT-Sicherheitsstandard ist gesetzlich weder definiert noch vorgeschrieben. Es dürfte auch schwierig sein, einen solchen IT-Sicherheitsstandard allgemein und verbindlich festzulegen, da das erforderliche Schutzniveau stark von den jeweiligen Sicherheitsbedürfnissen der datenverarbeitenden Organisation abhängt. Allerdings lassen sich aus Gesetzesnormen und Rechtsinstituten durchaus einzelne verbindliche Vorgaben für Sicherheitsvorkehrungen in der betrieblichen Informationstechnologie ableiten, die nachstehend nur beispielhaft aufgeführt werden können.

1. Straf- und Bußgeldvorschriften

Die Vorschrift des § 203 StGB stellt das unbefugte Offenbaren von Geheimnissen durch Personen unter Strafe, die aufgrund ihrer besonderen beruflichen Stellung (z. B. Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, auch Angehörige privater Versicherungen) oder aufgrund ihrer öffentlichen Aufgaben (z. B. Amtsträger) zu einem sensiblen Umgang mit Daten verpflichtet sind. Dabei kann das „Offenbaren von Geheimnissen“ auch durch ein bloßes Gewährenlassen der Kenntnisnahme durch Dritte geschehen, wenn der Geheimnisträger naheliegende Schutzvorkehrungen unterlässt und dadurch seine Garantenstellung verletzt (z. B. Liegenlassen von Patientenakten auf dem Schreibtisch des unverschlossenen Arztzimmers) (streitig, zum Meinungsstand siehe Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage 2004, § 203 Rz.17). Sofern aufgrund einer vertraglichen Sonderbeziehung oder aus einem anderen besonderen Vertrauenstatbestand heraus der Betroffene erwarten kann, dass seine Geheimnisse bei dem Geheimnisträger geschützt sind, ist dieser also verpflichtet, die ihm zumutbaren Schutzvorkehrungen auch gegen eine widerrechtliche Attacke Dritter zu ergreifen.

Geheimnisträger nach § 203 StGB sind daher mindestens verpflichtet, die gesetzlichen Vorgaben des § 9 BDSG zu beachten. Konkret bedeutet dies, dass die Mitarbeiter eines solchen Unternehmens

durch verbindliche und funktionsfähige Regelungen auf die Erfordernisse des Datenschutzes verpflichtet sein müssen. Sofern Dritte Zugriff auf die IT-Prozesse erhalten (z. B. im Rahmen konkreter Projektaufträge wie Datenmigration oder auch bei allgemeinen Wartungsaufgaben), muss der Geheimnisschutz vertraglich verankert werden. Wenn Dritten der Zugriff auf IT-Prozesse eingeräumt wird, dieser Zugriff aber konkret überhaupt nicht kontrolliert werden kann (z. B. Outsourcing eines nicht anonymisierten Datenbestandes, Fernwartung der IT-Systeme), dürften selbst detaillierte vertragliche Regelungen eine Strafbarkeit nach § 203 StGB nicht mehr ausschließen. Mangels tatsächlicher Kontrollmöglichkeiten ist das gemäß § 203 StGB geforderte Schutzniveau nicht eingehalten (Abel in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzes, 2003, S. 1344). Jenseits des Anwendungsbereiches des § 203 StGB für Geheimnisträger löst eine Verletzung des § 9 BDSG aber keine Sanktionen aus. Insbesondere ist ein Verstoß gegen § 9 BDSG ohne Hinzutreten qualifizierender Umstände weder straf- noch bußgeldbewehrt gemäß §§ 44, 43 BDSG.

2. Haftungsfragen

Die Unterschreitung des erforderlichen IT-Sicherheitsniveaus kann neben strafrechtlichen Sanktionen auch zivilrechtliche Folgen haben. Sofern die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Daten durch interne Fehlnutzungen oder externe Attacken Dritter verletzt wird, kommt eine Haftung gegenüber einem Geschädigten in Betracht, wenn allgemein übliche Sorgfaltsanforderungen – so genannte „Verkehrssicherungspflichten – missachtet werden. Beispielsweise dürfte ein Unternehmen haftbar sein, wenn die Beeinträchtigungen des betreuten Datenbestandes dadurch eintreten, dass kein regelmäßig upgedateter, allgemein gebräuchlicher Virenscanner verwendet wird (so zutreffend Speichert, Praxis des IT-Rechts, 2004, S. 85). Unter den gleichen Voraussetzungen kann eine Schadensersatzpflicht für das Verbreiten von Computerviren in Betracht kommen (näher: LG Hamburg CR 2001, 667 ff.). Ebenso kann ein Unternehmen für Urheberrechtsverstöße haften, wenn zum Beispiel die betrieblichen Internet- und Intranetfunktionen von Mitarbeitern zum illegalen Download und/oder Verbreiten von geschützter Programmsoftware oder MP3-Musikdateien genutzt werden.

Sofern die Nutzung der betrieblichen Multimediadienste nicht verbindlich geregelt und/oder nicht angemessen kontrolliert wird, dürfte aufgrund der vorhersehbaren Gefahren für Rechtsgüter Dritter eine allgemeine Störerhaftung begründet sein. Im Falle der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten wird sich das Unternehmen nicht auf das Haftungsprivileg des § 11 TDG berufen können, da die rechtswidrigen Nutzungen der Mitarbeiter dem Unternehmen aufgrund des eigenen Organisationsverschuldens zuzurechnen sind.

B. Wirtschaftliche Sanktionen

Während die rechtlichen Vorgaben für ein IT-Risikomanagement noch rudimentär sind, schreitet die Kodifikation der Vorgaben in der Wirtschaftsprüfungspraxis zügig voran und führt zu einem faktischen Anpassungsdruck zunächst für börsennotierte Gesellschaften, dem sich auf die Dauer wahrscheinlich kein fremdfinanziertes größeres Unternehmen wird entziehen können. Im Gefolge des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. April 1998 hat sich allgemein die Auffassung durchgesetzt, dass die neu eingeführte Verpflichtung zur Risikoberichterstattung es erfordert, ein System der Risikofrüherkennung (Risikomanagement) zu implementieren.

Ferner besteht Übereinstimmung darüber, dass eine IT-gestützte Rechnungslegung nur dann den Anforderungen an eine geordnete Buchführung gemäß §§ 238 ff. HGB, 154 ff. AO entspricht, wenn durch Maßnahmen der IT-Sicherheit die „Vollständigkeit, Richtigkeit, Ordnung, Nachvollziehbarkeit, Zeitgerechtigkeit, Unveränderlichkeit“ der Geschäftsvorfälle oder – aus der Perspektive der IT-Sicherheit ausgedrückt – die „Integrität, Verbindlichkeit, Authentizität“ der Daten gewährleistet ist (vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer IDW RS FAIT 1, Tz.19).

Der Prüfungsstandard der „Abschlussprüfung bei Einsatz von Informationstechnologie“ (IDW PS 330) sieht vor, dass der Abschlussprüfer die IT-Prozesse anhand eines IT-Sicherheitskonzeptes und einer verbindlich niedergelegten IT-Strategie umfassend prüft. Dabei ist die gesamte IT-Organisation (IT-Systeme, Geschäftsprozesses, IT-Anwendungen und IT-Infrastruktur) auf die Angemessenheit und Wirksamkeit prozessorientiert zu überprüfen. Die festgestellten Risiken werden identifiziert, bewertet und in Form eines „IT-Sicherheitszertifikates“ Bestandteil des Abschlussberichtes und damit Gegenstand der öffentlichen Wahrnehmung des Unternehmens jedenfalls in Finanzkreisen. Selbstverständlich könnten sich Risikohinweise im Abschlussbericht negativ im Börsenwert des geprüften Unternehmens niederschlagen.

Die Bedeutung eines effizienten IT-Risikomanagements wird in Zukunft noch weiter zunehmen, da auch international die Einrichtung unternehmensinterner Kontrollsysteme, deren umfassende Dokumentation sowie deren Überwachung durch einen unabhängigen (nicht testierenden) Wirtschaftsprüfer vorangetrieben wird (neue Anforderungen für internationale Unternehmen ergeben sich aus der Sektion 404 Sarbanes-Oxley Act; ein eigenes Diskussionspapier „IT-Risikomanagement“ des IDW ist dazu in Vorbereitung und soll als selbstständiger Beitrag im Wirtschaftsprüfer-Handbuch des IDW aufgenommen werden). Jedes Unternehmen sollte daher rechtzeitig nach seinen individuellen Bedürfnissen, gegebenenfalls unter Einbeziehung externen Sachverstandes, ein eigenes IT-Sicherheitskonzept „schneidern“. Dies verhindert, dass vielleicht aus der Not heraus eine Konfektionsware „IT-Risikomanagement“ implementiert wird, die nach den Erfahrungen der Wirtschaftsprüfer für Großunternehmen entwickelt worden ist und an den spezifischen Sicherheitsrisiken und dem Schutzbedarf des betroffenen Unternehmens vorbeigeht. Genauso verfehlt wie eine „Sicherheitsstrategie“ nach dem Motto „Bisher ist doch alles gut gegangen“ ist ein IT-Risikomanagement, bei dem sprichwörtlich mit Kanonen auf Spatzen geschossen wird.

Autoren

Iris Argyriadou, LL.M. ist Partnerin bei Servatius Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft. Sie ist seit 1998 als Rechtsanwältin zugelassen und arbeitet seit 2001 mit dem Schwerpunkt IT-Recht, insbesondere Betreuung von Vergabeverfahren zur Beschaffung komplexer IT-Systeme, Infrastruktur- und Betriebsleistungen auch mittels Public Private Partnerships. Argyriadou ist Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: iris.argyriadou@servatius-law.de, Tel. 040/35016-160, Fax 040/35016-166, www.servatius-law.de

Dr. Axel Freiherr von dem Bussche, LL.M. (L.S.E.) ist Partner bei Taylor Wessing Rechtsanwälte. Er ist seit 1997 als Rechtsanwalt zugelassen und arbeitet seit 1999 bei Taylor Wessing. Er ist spezialisiert auf die Technologie-Branche und den Bereich Telekommunikation. Von dem Bussche ist Lehrbeauftragter der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf für den Master-Studiengang Informationsrecht. Er ist Mitglied in den internationalen Juristenvereinigungen „Computer Law Association“ und „World Law Group“, im Deutschen Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) sowie der American Chamber of Commerce (AmCham). Von dem Bussche ist Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: a.bussche@taylorwessing.com, Tel. 040/36803-229, Fax 040/36803-280, mobil 0160/90169493

Britta Döring ist seit 2001 selbstständige Rechtsanwältin in Hamburg und Gründungsmitglied der IT-Schlichtungsstelle der Handelskammer Hamburg. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind Outsourcing komplexer Dienstleistungen, IT- und Internetprojekte. Döring ist Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: bd@pd-v.de

Guido Flick ist Mitinhaber der Hamburger Kanzlei Flick. Von 1996 bis 1998 war er bei AOL-Bertelsmann tätig – zuletzt als kommissarischer Leiter der Rechtsabteilung. 1998 erhielt er seine Zulassung als Rechtsanwalt. Seit 1998 betreut Flick mittelständische Unternehmen und Agenturen im Bereich des Medien- und IT-Rechts. Er ist Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: info@kanzlei-flick.de, Tel. 040/411134-70, Fax 040/411134-68, www.kanzlei-flick.de, www.kennzeichenstreit.de

Malte Gosau ist Rechtsanwalt in Hamburg und seit 2006 Justiziar bei der Easynet GmbH. Zuvor arbeitete er von 2001 bis 2004 als Legal Consultant bei der TC TrustCenter AG. Er ist Gründungsmitglied der Hamburger IT-Schlichtungsstelle und Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: malte.gosau@de.easynet.net, Tel. 040/77175-0, Fax 040/77175-519, www.de.easynet.net

Dr. Philipp Herrmann ist seit 1997 Rechtsanwalt und arbeitet in der Hamburger Kanzlei Heissner & Struck. Sein Schwerpunkt liegt auf IT-Datenschutz und IT-Sicherheitsrecht. Er ist Fachanwalt für Steuerrecht und Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: herrmann@heissner-struck,de, Tel. 040/461007, Fax 040/4802332,
www.heissner-struck.de

Prof. Dr. Ralf Imhof arbeitet für Rechtsanwälte Schulz Noack Bärwinkel in Hamburg. Er wurde 1996 als Rechtsanwalt zugelassen. Seit 2004 ist er Professor für Wirtschaftsprivatrecht und das Recht der Informations- und Kommunikationstechnologie am Fachbereich Recht der Fachhochschule Braunschweig/Wolfenbüttel. Imhof ist Mitglied im Ausschuss für E-Business der Handelskammer Hamburg sowie der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) und Leiter des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work.
Kontakt: r.imhof@snb-law.de, Tel. 040/369796-14, Fax 040/362088, www.snb-law.de

Florian König, M.L.E. wurde 1999 als Rechtsanwalt zugelassen und ist bei König & Kollegen Rechtsanwälte als Fachanwalt für Steuerrecht tätig. Er ist Leiter der Arbeitsgruppe ADR der Hamburger IT-Schlichtungsstelle, Präsident der Gesellschaft für Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht (GEDW) und Mitglied des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work.
Kontakt: info@net-lawyer.de, Tel. 040/303949-0, Fax 040/303949-29, www.net-lawyer.de

Dr. Christian Lemke ist seit 1993 als Rechtsanwalt mit den Tätigkeitsschwerpunkten gewerblicher Rechtsschutz, IT-Recht und Urheberrecht tätig und arbeitet in der Hamburger Kanzlei Heissner & Struck – seit 1996 als Partner. Er ist Vorsitzender des Aufsichtsrates eines mittelständischen IT-Unternehmens und Mitglied in folgenden Vereinigungen: Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung (DAJV), German American Chamber of Commerce of the Midwest (GACCoM) und Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: lemke@heissner-struck.de, Tel. 040/461007, Fax 040/4802332, www.heissner-struck.de

Dr. Flemming Moos ist Rechtsanwalt bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Hamburg. 2001 erhielt er seine Zulassung als Rechtsanwalt und spezialisierte sich auf das IT-, E-Commerce- und Datenschutzrecht. Moos hat einen Lehrauftrag für IT-Recht an der Fachhochschule Osnabrück und ist anerkannter Schlichter an der Hamburger Schlichtungsstelle für IT-Streitigkeiten. Er ist Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI), der Hamburger Datenschutzgesellschaft (HDG) und des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work.
Kontakt: flemming.moos@luther-lawfirm.com, Tel. 040/36132-12961, Fax 040/36132-510,
mobil 0160/93912181, www.luther-lawfirm.com

Dr. Kay G. H. Oelschlägel arbeitet als Rechtsanwalt für die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. 1998 wurde er als Rechtsanwalt zugelassen. Seit 2005 hat er einen Lehrauftrag an der Universität Hamburg für den Gewerblichen Rechtsschutz und das Wettbewerbsrecht. Oelschlägel ist Mitglied des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work und der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR).
Kontakt: kay.oelschlaegel@luther-lawfirm.com, Tel. 040-3613212-175, Fax 040-36132-510,
www.luther-lawfirm.com

Dr. Kai-Uwe Plath, LL.M. (Columbia) ist Rechtsanwalt bei Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg, Praxisgruppe Gewerblicher Rechtsschutz/Informationstechnologie (IP/IT). 2000 erhielt er seine Zulassung als Rechtsanwalt. Plath ist Mitglied der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) und des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work.
Kontakt: kaiuwe.plath@freshfields.com, Tel. 040/36906-0, www.freshfields.de

Oliver J. Süme ist seit 1997 als Rechtsanwalt im Bereich Internet-/IT-Recht tätig und arbeitet in der Kanzlei Richter & Süme in Hamburg. Er ist Mitglied des Vorstandes des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft eco und Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: sueme@richter-sueme.de, Tel. 040/380898-0, Fax 040/380898-10, www.richter-sueme.de

Marcus Toussaint ist seit 2000 selbstständiger Rechtsanwalt in Hamburg und Gründungsmitglied der IT-Schlichtungsstelle der Handelskammer Hamburg. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen auf Outsourcing komplexer Dienstleistungen und IT- und Internetprojekte. Toussaint ist Mitglied im Arbeitskreis Recht von Hamburg@work.
Kontakt: marcus.toussaint@hanse.net

Dr. Mathias Zintler, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Freshfields Bruckhaus Deringer, Praxisgruppe Gewerblicher Rechtsschutz/Informationstechnologie (IP/IT). 2002 erhielt er seine Zulassung als Rechtsanwalt. Zintler ist Mitglied der Licensing Executives Society (LES), der Arbeitsgruppe Forschung-Industrie-Technologietransfer (FIT) und des Arbeitskreises Recht von Hamburg@work.
Kontakt: mathias.zintler@freshfields.com, Tel. 040/36906-0, Fax 040/36906-157,
www.freshfields.de

Wissen bündeln und in die Branche geben – die Arbeitskreise von Hamburg@work

Hamburg@work hat zur Unterstützung der Hamburger Medien-, IT- und Telekommunikationswirtschaft eine Reihe von Arbeitskreisen ins Leben gerufen, die sich mit aktuellen Themen der Digitalen Wirtschaft auseinandersetzen. Folgende Arbeitskreise sind zurzeit aktiv: AK Audiovisuelle Medien, AK Company Development, AK Content Technology, AK Crossmedia, AK Digital Imaging, AK ERP, AK Games, AK Mobile Solutions, AK Open Source, AK Personalentwicklung, AK Recht und AK Security. Neu im Programm ist der erste gemeinsame Arbeitskreis mit der Hamburger Logistik-Initiative, der AK Future Logistics. Die Arbeitskreise, deren Teilnehmer sich regelmäßig alle ein bis zwei Monate treffen, greifen Trends der Branche auf und führen diese weiter. Damit möchte Hamburg@work den Know-how-Transfer zwischen der Digitalen Wirtschaft und den Anwenderbranchen fördern und zur Kompetenzbildung in den jeweiligen Feldern beitragen. Erklärtes Ziel ist es, am Standort Hamburg gemeinsam mit den Unternehmen Synergien zu entwickeln, auszubauen und gewinnbringend zu nutzen. Auf den Arbeitskreis-Foren und in Sonderpublikationen werden die Ergebnisse der Arbeit veröffentlicht. Bisher erschienen sind Handbücher zu den Themen „IT-Sicherheit im Mittelstand“ des AK Security und „Personalentwicklung im IT- und Medienbereich“ des AK Personalentwicklung sowie die DVD „Sehen Hören Produzieren Hamburg“ des AK Audiovisuelle Medien.

Als erster Arbeitskreis von Hamburg@work wurde 1999 der AK Recht gegründet, der durch Prof. Dr. Ralf Imhof, Berater in der Kanzlei Schulz Noack Bärwinkel, und Dr. Wolfgang Schulz, Direktor des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung, geleitet wird. Eine Expertenrunde zum Thema Recht ist die logische Konsequenz aus der dynamischen Entwicklung der Digitalen Wirtschaft und ihrer gesetzlichen Regelungen. Das Konzept des AK Recht basiert auf praktischen Fallbeispielen mit einführenden juristischen Erläuterungen und anschließender Diskussion der Teilnehmer. Wichtig für alle Aktivitäten des Arbeitskreises ist es, einen hohen Praxisbezug herzustellen. So engagieren sich hier neben Juristen auch viele Nicht-Juristen. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.hamburg-media.net unter Arbeitskreis Recht oder per E-Mail an ak.recht@hamburg-media.net.

Hamburg@work ist die Hamburger Initiative für Medien, IT und Telekommunikation. Sie wird getragen von der Freien und Hansestadt Hamburg sowie Hamburger Unternehmen, die sich im Hamburg@work e.V. zusammengeschlossen haben. Mehr als 300 Mitgliedsunternehmen und über 350 persönliche Mitglieder bilden ein Netzwerk von über 2.300 Mitgliedern. Damit ist Hamburg@work das bundesweit größte Netzwerk der Branche. Ziel der seit 1997 agierenden Public-Private-Partnership ist es, die exponierte Position der Medienmetropole Hamburg als Standort der Informations- und Kommunikationstechnologien auszubauen und die Unternehmen dieser Branchen zu unterstützen. Dazu bietet Hamburg@work ein breites Leistungsportfolio in den Bereichen Information, Service & Support, Networking & Events und Arbeitskreise. Die Initiative ist erster Ansprechpartner zu allen Fragen der Digitalen Wirtschaft für Unternehmen, Institutionen und Öffentlichkeit in Hamburg.
www.hamburg-media.net.